MARIO ALZAMORA VALDEZ

LA FILOSOFIA DEL DERECHO EN EL PERU

LIMA 1968

MARIO ALZAMORA VALDEZ

LA FILOSOFIA DEL DERECHO EN EL PERU

LIMA, 1968

A mi esposa

IMPRESO EN LIMA, PERU

INTRODUCCION

"Los grandes reformadores políticos y sociales se hallan constantemente bajo la necesidad de tratar lo imposible como si fuera posible".

Ernst Cassirer, ANTROPOLOGIA FILOSOFICA.

"El mundo está gobernado en gran medida por teorías, verdaderas y falsas".

Charles Beard, introducción a J. B. Bury, IDEA OF PROGRESS.

La filosofía del Derecho no constituye una disciplina particular ni debe ser considerada como una rama o parte de la Filosofía, sino como la Filosofía misma en cuanto extiende su mirada hacia los ideales jurídicos y al modo como se han realizado a través de las diversas etapas de la historia.

Si la Filosofía es el saber de lo universal, admitir una filosofía particular representa un verdadero contrasentido. Sólo puede emplearse esta última denominación para significar con ella un determinado camino hacia la realidad si se toma como punto de partida una ciencia singular y determinada.

"Es tan íntima la conexión entre la filosofía general y sus especificaciones —escribió López de Oñate— que éstas no podrían concebirse sin referencia hacia la totalidad del sistema del que extraen los presupuestos y el que concurre con sus conclusiones" (1).

Si consideramos que, en ámbito de la investigación de la Filosofía del Derecho, los valores jurídicos, que constituyen su tema principal, pertenecen al orden universal de los valores humanos y, por tal razón, no pueden ser tratados como independientes de éstos, surge clara la íntima trabazón entre Filosofía y Filosofía del Derecho.

De aquí se desprende que toda filosofía particular, si persiste como tal, no debe denominarse Filosofía, porque es otra disciplina que sólo alcanzará el rango que corresponde a su nombre, si es concebida como un ángulo de proyección hacia el saber universal.

La Filosofía pertenece al mundo del hombre: "Es —como lo expresa Heidegger— un modo eminente del decir: el decir del pensar. Pero el pensar es el rasgo eminente de la esencia del hombre" (2).

La esencia del hombre se inserta en el mundo de su existencia.

El hombre existe de un modo **sui-géneris,** no como una cosa ni tampoco aparte o separado de las cosas. Existe como sujeto, con las cosas, y en especial relación con los demás hombres.

Existir como sujeto, significa reconocer la presencia del mundo y colocarse frente —enfrentarse— a él,

---

(1) Filosofía del Derecho. Traducción de Alberto S. Bianchi. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Tomo I, pág. 30.
(2) Martin Heidegger: "¿Qué es esto, la Filosofía?" Biblioteca Filosófica. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1958, pág. 11.

para afirmarse, y coexistir con otros sujetos, cuya participación en ese diálogo permanente, que constituye "el hecho fundamental" de la realidad humana, es el único camino para comprenderla.

Tal acontecer, fluye y se desarrolla en incesante dinamismo; es un continuo salir fuera de sí, esto es un constante trascenderse. "Ser en el sentido de existir, es trascendente. Al volcarse activamente sobre las cosas, el hombre se trasciende a sí mismo en ellas. Al volverse reflexivamente sobre sí, trasciende de nuevo las cosas en sí mismo" (3).

La vida humana es así un proceso creador; nada se da en ella —en cuanto vida—, como absolutamente hecho, como completamente acabado. Todo se hace en función de nuestra realidad y de las circunstancias.

En esta tarea que es su existencia, el hombre es libre; y ser libre, ha escrito Ortega y Gasset, quiere decir "carecer de identidad constitutiva, no estar adscrito a un ser determinado, poder ser otro del que se era y no poder instalarse de una vez para siempre en un ser determinado" (4).

La vida se presenta, de ese modo, como exigencia de conocimiento y de acción, que cuando alcanza esa instancia superior, que es la búsqueda del saber de las cosas y de la sabiduría de ella misma —términos que se integran—, constituye la Filosofía.

La raíz de la Filosofía se halla en la vida humana; está vinculada a la existencia de cada hombre, pero pretende arrojar luz sobre los problemas que son comunes a todos los hombres.

---

(3) Aníbal Sánchez Reulet. Raíz y Destino de la Filosofía. Universidad Nacional de Tucumán. Facultad de Filosofía y Letras. Pág. 37.
(4) Historia Como Sistema. Revista de Occidente, Madrid, 1935. Pág. 34.

Por esta misma razón, la Filosofía del Derecho, dice Battaglia, "ha existido siempre desde los inicios de la especulación y se ha perfilado en germen desde los orígnes de la vida asociada. Una vez que entre los hombres se constituyó cierta forma de organización, agrega, y uno de ellos impuso con su querer una norma de vida a los otros, o quiso imponerla, el hecho elemental, aunque no conscientemente reflejo mediante el cual se preguntó acerca del valor intrínseco del mandato o de la norma, cualquiera que hubiera sido la tosca respuesta al interrogante, colocó (obsérvese bien) los términos de un problema alrededor del cual se afanará ulteriormente el pensamiento humano. La rebelión cuando se despertó contra el déspota, invocando leyes no escritas o divinas, contra normas escritas o simplemente positivas, descubrió una actitud que siempre se investigará" (5).

Esa actitud constituye el motivo central de sistemas de Filosofía del Derecho; la justificación del derecho subjetivo frente al objetivo, o la de éste cuando es esgrimido contra aquél, justificación que no se alcanza sino apelando a la instancia ideal de los valores éticos.

Aquellos sistemas, como concepciones teóricas, sólo constituyen actitudes del pensamiento que se manifiesta a través de la historia, mientras que la historia misma se hace gracias a los valores que cada época descubre y afirma con el propósito de transformar la realidad humana.

En el mundo jurídico obedece a la misma regla; busca incesantemente nuevos principios para luchar contra la injusticia y la arbitrariedad.

---

(5) Felice Battaglia. Curso de Filosofa del Derecho. Traducido por Francisco Elías de Tejada y Pablo Lucas Verdú. Instituto Editorial Reus. Madrid 1951. Tomo I, pág. 35.

Este ensayo bosqueja el pensamiento jusfilosófico que ha tenido influencia sobre la evolución cultural de nuestro país o se ha gestado en él. El siglo XVI se caracterizó por el empeño de justificar la dignidad jurídica del hombre americano, el siglo XVII, persiguió una ordenación del derecho en base a supuestos teológicos; en el siglo XVIII asomó el pensamiento de la ilustración; durante el siglo XIX se opone a un jusnaturalismo sin espíritu el intento positivista; la centuria actual se orienta hacia una filosofía con sentido universal.

El derecho se sustenta en la libertad. Las páginas que siguen son testimonio del empeño —casi siempre angustioso y angustiado— de la libertad humana, de la libertad cristiana, de la libertad del ciudadano y de la libertad jurídica, por alcanzar plena vigencia dentro del derecho.

Miraflores, Julio de 1968.

Capítulo I

La controversia sobre los derechos del hombre . . americano

> . . . *"la conquista de América por los "españoles" fue "uno de los mayores "intentos que el mundo haya visto de "hacer prevalecer la justicia y las nor- "mas cristianas en una época brutal y "sanguinaria". Lewis Hanke: "LA LU- CHA POR LA JUSTICIA EN AME- RICA".*

Los orígenes de la discusión.

El descubrimiento de América, que amplió grandemente el horizonte geográfico del europeo de fines del siglo XVI, a la vez que fue origen de una infinidad de problemas sobre el mundo, suscitó en el espíritu de aquél, una profunda y grave inquietud sobre el hombre de estas tierras.

La aparición de los aborígenes americanos, tan diferentes a los descubridores en raza, costumbres, idioma, religión, moralidad, gobierno; y la necesidad práctica de justificar su evangelización y sometimiento, dieron lugar a un interminable debate sobre la naturaleza de aquellos hombres, sus derechos a la libertad y a la propiedad y hasta a la vida, sobre su conver-

sión, sobre la guerra justa, y el sentido y la legitimidad de su organización política.

Tan extensa y trascendental controversia rebasó los límites de las cátedras universitarias españolas. Llegó a las asambleas de teólogos y a los consejos y asesorías reales, para extenderse desde allí hasta el Nuevo Mundo a través de leyes, ordenanzas, recomendaciones y prédicas. Por igual, participaron en la disputa, teólogos, filósofos, juristas, misioneros y aún hasta los propios conquistadores.

El debate tuvo como fuentes doctrinarias principales las viejas teorías de Aristóteles, remozadas desde el siglo XII por la escolástica cristiana; las enseñanzas de los padres de la Iglesia y la filosofía de Santo Tomás de Aquino

Como escribe con acierto el propio Hanke "los españoles estuvieron demasiado ocupados combatiendo a los árabes durante la edad media, para escribir tratados políticos teóricos. O tal vez la justicia de la guerra fuese entonces tan clara para todos que no era necesario teorizar" (1). En todo caso, la elaboración del pensamiento filosófico jurídico que el mundo debe a España, es posterior.

La autoridad de Aristóteles constituyó el apoyo de más antiguo abolengo invocado a favor de la esclavitud natural. "Algunos seres —escribió el filósofo en "La Política"— están destinados unos a obedecer y otros a mandar, aunque en grados mui diversos en ambos casos" (2) y, agrega, en otro párrafo también mui conocido, "el alma manda al cuerpo como el dueño al esclavo" (3). Esta esclavitud, denominada "na-

(1) Lewis Hanke. La lucha por la justicia en la conquista de América. Trad. Ramón Iglesia. Editorial Sudamericana. Buenos Aries. Pág. 251.
(2) "La Política", Lib. I.
(3) Idem.

tural" significa que ciertos hombres serían esclavos en todas partes, y que otros no podrían serlo en ninguna" (4).

Escasa fue la influencia de la filosofía estoica, que impugnó los fundamentos morales de la esclavitud, y el sistema económico y social imperante en la antigüedad, que se sustentaba en ella. Séneca, uno de los más genuinos representantes del estoicismo, proclamó la igualdad de todos los seres racionales capaces de alcanzar la virtud (5).

Los Padres de la Iglesia, admitieron que en el primitivo estado de inocencia, todos los hombres fueron libres y que, por tanto, en aquel período, no hubo esclavitud, que se debe a la caída, como consecuencia del pecado.

Pero como la doctrina de Cristo no es de este mundo, no le incumbe combatir en forma directa la esclavitud, aunque debe admitirse que "no deja de influir a consecuencia de sus principios espirituales, sobre las instituciones terrenas, en favor de la libertad" (6).

En plena Edad Media, la obra titulada "De regimine principum ad regem Cypri" atribuida a Santo

---

(4) "Cuando uno es inferior a sus semejantes, tanto como son el cuerpo respecto al alma y el bruto respecto del hombre, y tal es la condición de todos aquellos a quienes el empleo de las fuerzas corporales es el mejor y único partido que puede sacarse de su ser, se es esclavo por naturaleza. Estos hombres, así como los demás seres de que acabamos de hablar, no pueden hacer cosa mejor que someterse a la autoridad de un señor; porque es esclavo por naturaleza el que puede entregarse a otro; y lo que precisamente obliga a hacerse de otro es no poder llegar a comprender la razón sino cuando otro se la muestra, pero sin poseerla en sí mismo".

(5) "Pensad que ese hombre a quien tenéis por esclavo nació de la propia semilla que os produjo, goza del mismo cielo, respira el mismo aire que vos. Su vida es como la vuestra y como vos morirá". Obras Escogidas. Tratar con bondad a los esclavos.

(6) Silvio Zavala. La Defensa de los Derechos del Hombre en América Latina. Publicaciones de la Unesco, pág. 26.

Tomás de Aquino, aunque parece que se debió a su discípulo Tolomeo de Lucca, significa un claro retorno al pensamiento aristotélico al sostener en forma tajante y dogmática la existencia de la servidumbre por naturaleza.

Al igual que la tesis de la esclavitud, motivó también un intenso debate, con el propósito de lograr un justificativo político para el sometimiento de los pueblos del Nuevo Mundo, la del derecho de los infieles sobre sus propios dominios.

Según las enseñanzas del canonismo medioeval Enrique de Susa, conocido como el Ostiense, con la venida de Cristo, los infieles perdieron todo título sobre sus reinos, y quedaron en la situación de meros poseedores precarios, pasando la titularidad del derecho sobre tales dominios, al Pontífice de Roma.

Juan Wycliffe esgrimió otro razonamiento en favor de la misma tesis. Sostuvo que todo derecho humano se sustenta en el derecho divino, y que aquellos que se hallan en estado de pecado mortal carecen de potestad de dominio (7).

El Papa Inocencio VI admitió que los infieles por ser criaturas racionales eran sujetos de derecho, pero que la Curia Romana tenía la potestad de castigarlos por sus vicios y pecados aún con la pérdida de sus bienes.

Santo Tomás, enseña que el dominio que ejercen los no cristianos sobre lo que es suyo, representa una institución de derecho humano cuyo fundamento es la razón natural. El derecho divino, que proviene de la gracia y es el origen de la distinción entre fieles

---

(7) Id., pág. 16.

o infieles, no puede anular aquel dominio (8).

Fue extensa y afanosa la búsqueda de las premisas destinadas a sustentar la esclavitud o a defender la libertad; a justificar el derecho de los infieles sobre sus bienes, y a sostener la precariedad de su tenencia. Todo en base a los más radicales e intrincados razonamientos teológicos, filosóficos y jurídicos.

Defensa e impugnación de la servidumbre natural.

La controversia entre los partidarios de la "servidumbre natural" de los indígenas y quienes reconocieron en su favor el derecho de libertad, llegó a poner en tela de juicio la jerarquía espiritual y la dignidad del hombre americano.

Muchos de los europeos que llegaron al Nuevo Mundo durante las primeras décadas de la conquista, vieron en los habitantes de este hemisferio, una naturaleza tan degradada e inferior que hacía imposible que se les pudiera considerar como sujetos de derecho.

El historiador oficial Gonzalo Frnández de Oviedo, imputa a los indios todas las perversiones y defectos. "Esta gente de su natural es ociosa y viciosa, dice; o de poco trabajo, e melancólicos, e cobardes, viles e mal inclinados, mentirosos e de poca memoria, e de ninguna constancia. Muchos de ellos por pasatiempo se mataron con ponzoña por no trabajar, y otros se ahorcaron con sus manos propias" (9).

---

(8) "Aunque por derecho de gentes los infieles pueden tener dominio y jurisdicción sin pecado, y no sea lícito a ningún cristiano quitársela, no obstante esto, como quiera que el Pontífice sucesor de San Pedro es Vicario de Jesús Cristo, nuestro Redentor, sobre fieles e infieles, aunque no estén al presente todos en la obediencia de la Santa Iglesia, y de este poder del Pontífice se infiere que no tienen otra ley que la natural, (y) si algo hiciesen contra ella lícitamente el Papa los podría castigar". Conclusión probable de los teólogos de la época, tal vez Vitoria, según Herrera, Hanke, ob. cit., pág. 312.

(9) Cit. por Hanke, pág. 96.

Juan Ginés de Sepúlveda, que polemizó con Bartolomé Las Casas durante los años 1550 y 1551 en Valladolid, sobre estos graves problemas, sustenta la tesis de la esclavitud natural de los indios en parecidos argumentos.

Sepúlveda traza un paralelo entre los españoles, a quienes atribuye las más enaltecedoras calidades, con aquellos otros seres "en los cuales encontramos apenas vestigios de humanidad" para concluir, con rigurosa fidelidad a las doctrinas aristotélicas, que están destinadas a servir como esclavos a los primeros.

El pensamiento del referido jurista se expresa en forma tajante y cruel. En el mundo "los que sobresalen por su prudencia y por su ingenio, pero no por sus fuerzas corporales, estos son señores por naturaleza; al contrario, los tardos y torpes de entendimiento, pero corporalmente robustos para llevar a cabo las tareas necesarias, éstos son siervos por naturaleza, lo cual vemos sancionado asimismo por la ley divina" (11).

Frente a la posición que representó Sepúlveda, entre otros, se yergue la figura de Bartolomé Las Casas, el más preclaro y enérgico defensor de los derechos de los naturales de América, que "como todas las gentes del mundo son hombres" (12).

---

(10) Sepúlveda fue un humanista, educado en Alcalá y en Bolonia, discípulo de Pomponazzi, traductor de Aristóteles y protegido del Papa Clemente VII, por cuyo encargo escribió la refutación de una tesis luterana sobre el libre albedrío.

(11) Democracia Alter o Tratado de las Justas Causas de la Guerra con los Indios. Versión de M. Menéndez Pelayo. Segunda Edición. México, 1941. Pág. 84.

(12) La obra escrita por Las Casas es vastísima. "Yo he escrito muchos pliegos de papel, y pasan de dos mil, en latín y en romance", declaró en una carta. Sus obras principales: "Apologética, historia sumaria cuanto a las cualidades, disposiciones, descripción, cielo y suelo de estas tierras y condiciones naturales, policías, repúblicas, maneras de vivir y costumbres de las gentes de las Indias Occidentales, meridionales, etc.". "Historia de Indias". "Brevísima

Las Casas demostró que nada justifica que se considere a los habitantes del Nuevo Mundo como esclavos por naturaleza, y que por tanto, son inhumanas, contrarias al derecho natural, insostenibles y nulas, todas las instituciones destinadas a establecer y mantener la servidumbre de los aborígenes, y que el único medio que puede emplearse para convertirlos a la fe cristiana e incorporarlos a la civilización, es el convencimiento pacífico.

Los indígenas de América no reunen los rasgos de dureza, y fuerza física que caracterizan a los esclavos por noturaleza de la tipología aristotélica. Antes bien "son las gentes más delicadas, flacas y tiernas en complisión y que menos pueden sufrir trabajos y que facilmente mueren de cualquier enfermedad; que ni los hijos de príncipes y señores entre nosotros criados en regalos y delicada vida, no son más delicados que ellos aunque sean los que entre ellos son de linaje de labradores. Son también gentes paupérrimas y que menos poseen y ni siquiera poseen bienes temporales..... estas gentes (serían) las más bienaventuradas del mundo si conocieran a Dios" (13).

En base a "estos estupendos argumentos, Las Casas prueba o cree probar —escribe Antonello Gerbi— la libertad de los indios contra todo posible argumentos teológico y jurídico, mostrándolos débiles, flacos, incapaces de ningún esfuerzo, privados, en suma de los requisitos físicos para ser esclavos" (14).

Aunque el pagano Aristóteles esté "ardiendo en

---

relación de la destrucción de Indias". "Tratado comprobatorio del Imperio soberano y principio universal de los reyes de Castilla y León tienen sobre las Indias". Cartas, Memoriales, Instrucciones, etc.

(13) Brevísima relación de la destrucción de las Indias Occidentales. Introducción.

(14) "La disputa del Nuevo Mundo". Fondo de Cultura Económica. México. Pág. 63.

los infiernos" (15), con las mismas ideas de aquél, demostró, de ese modo, Las Casas, que los aborígenes americanos no pueden ser considerados como siervos por naturaleza. Por otro lado, admitir que en poblaciones tan numerosas, diseminadas en tierras tan extensas y varias, se hubiera repetido tan tremendo error, significaba acusar a la Divina Providencia de un grave descuido.

Dada por cierta la condición de inferioridad de los indios, Sepúlveda, en las páginas del "Demócrates Alter", se manifiesta partidario de la solución de "repartir" infieles entre los cristianos honrados y prudentes a fin de que les proporcionen rectas y humanas costumbres.

Al combatir tal opinión, Las Casas acusa a su adversario el no haber comprendido el pensamiento de Aristóteles.

El célebre dominico sostiene que es preciso distinguir entre los bárbaros tres clases: un primer grupo, al que pertenecen aquellos que a pesar de tener costumbres extrañas practicaban una manera decente de vivir y poseían capacidad para gobernarse; consideraba en un segundo grupo, a los que carecían de lenguaje escrito, como los ingleses de los tiempos antiguos; y, finalmente, corresponden a la tercera clase, esos hombres rudos, perversos, sin leyes, que en nada se diferencian de las bestias de los bosques.

Según Las Casas, al referirse Aristóteles a los esclavos por naturaleza, tuvo en cuenta el último grupo cuyas características no corresponden a los rasgos de los indígenas americanos.

Las gentes de América, escribe el dominico en su "Apologética", poseen nociones de derecho natural,

(15) Zavala, ob. cit., pág. 37.

y su calidad de seres racionales, sobre la que no cabe duda alguna, se demuestra por la forma como practican la virtud de la prudencia en los diversos aspectos de su vida: la prudencia monástica en la regulación de su conducta personal; la prudencia económica en la dirección de su propia casa, formada por los padres, los hijos y las posesiones de la familia; "y también son prudentes en cuanto a los gobiernos de sus repúblicas", agrega, en las que practican una verdadera "prudencia política".

Nada justifica tampoco que a los indígenas se les someta a la servidumbre por la fuerza, vale decir, que se les reduzca a una esclavitud legal.

El preclaro apóstol, en sus "Treinta proposiciones jurídicas" sostiene como tesis que no existe razón alguna para privar a los indígenas de su libertad. Ni siquiera por el gravísimo pecado de idolatría ni por otro alguno por "nefando que sea" se puede negar los derechos de los infieles sobre sus propias personas y sobre sus bienes, y por tales causas no pueden ni deben "ser punidos por ningún juez del mundo, salvo el caso que suficientemente advertidos, impidiesen el conocimiento y por malicia, la predicación de la fe" (16).

Los hombres y los pueblos de todo aquél orbe, agrega Las Casas, a modo de sentencia y reproche, en defensa de uno de los principios básicos y esenciales del derecho natural cristiano, son libres, y la libertad —que es el fundamento de la dignidad de la persona humana— es "la cosa más preciosa y suprema de todos los bienes de este mundo temporales, y tan amada amiga de todas las criaturas de este mundo, sensibles e insensibles, y mucho más de las racionales" "que

(16) Fray Bartolomé de las Casas. Doctrinas. Ediciones de la Universidad Nacional Autónoma de México. Segunda Edición. México, 1951. Pág. 36.

después de la muerte no hay otro mayor perjuicio que perderla" (17).

Las Casas proclama que la libertad no se pierde ni aún por renuncia voluntaria y expresa "porque sería nula y de ningún valor tal voluntad" (18) puesto que nadie puede renunciar a su calidad de hombre.

De todo esto se desprende que toda servidumbre "es contra la razón, la ley natural y la justicia, y contra la caridad, por ser injusta, tiránica y horrible" y que también es "contra Dios y contra su ley y en oprobio, e infamia y apretamiento, y opresión de su santa fe, que se estorba e impide que no crezca como en aquellas gentes crecería; y que la promulgación de la ley evangélica no se cumple" (19).

Magnífica tesis jusnaturalista sustentada y defendida al incorporarse estos pueblos a la cultura occidental.

La conversión de los infieles y la justificación de la guerra.

Con el fin de justificar el dominio de los territorios americanos, España invocó las famosas bulas otorgadas por el Papa Alejandro VI en favor de los reyes de Castilla y de León, que vinieron a perfeccionar su título de descubridora y de primer ocupante.

El Papa, como sucesor de San Pedro, tenía como misión extender y propagar la fe, y gozaba de la potestad de dividir los reinos de los bárbaros entre los príncipes cristianos, a quienes podía encomendar la empresa de convertir a los infieles a la doctrina de Cristo.

---

(17) Idem. Tratado sobre las Encomiendas, pág. 65.
(18) Id. pág. 67.
(19) Id.

Dicho encargo significaba una mera "comisión", como lo aclarara Las Casas en sus famosas "Treinta Proposiciones" y su finalidad fue, no la concesión de una gracia a los reyes "ni aumentar con honra y más títulos y riquezas los estados" de aquellos, sino "la conversión y salvación de los infieles" lo que significa en el claro lenguaje del dominico "que más es dicha división y encomienda para el bien y utilidad de los infieles, que no de los cristianos príncipes" (20).

De acuerdo con el espíritu de aquel título, la concesión otorgada por el Papa no convertía a los gobernantes americanos en esclavos de los reyes europeos sino en vasallos, y no significaba tampoco la pérdida de sus bienes en favor de los conquistadores por ser un derecho natural la propiedad que sobre ellos les correspondía.

De aquí deriva la ilegitimidad de las denominadas "encomiendas", instituidas en flagrante violación del derecho natural y de gentes. Ningún poder correspondía a los reyes sobre la persona de los naturales del Nuevo Mundo ni menos para "encomendarlos" o entregarlos a otros.

En el "Tratado sobre las Encomiendas" que Bartolomé Las Casas dedicó al Emperador Carlos V, y que tuvo tanta influencia en la promulgación de las "Leyes Nuevas", razona con hondo sentido jurídico y humano, de este modo: "aquellos reinos y gentes de ellos, solamente porque son infieles y han meneseter ser convertidos a nuestra santa fe, se hayan encomendados por Dios y por la Santa Sede Apostólica en su nombre a los Reyes de Castilla y de León... los que no pueden traspasar a ningún particular jurisdicción alguna... porque cosa tan grande y de tan gran im-

---

(20) Treinta Proposiciones Jurídicas. Proposiciones VII y VIII.

portancia no es justo ni posible que se fie de otro que no sea rey" (21).

Además del fundamento jurídico que se acaba de citar, Las Casas aduce contra el referido sistema de encomiendas, razones derivadas de la experiencia. Cree que es uno de los "mayores estorbos" para la propagación de la fe porque la "avaricia y la codicia" de los encomenderos ha hecho de él un medio de explotación en el que no se da cabida a los negocios espirituales, que por la manera como se realiza impide la vida en sociedad de los indígenas que se ven forzados a huir o a separarse de sus pueblos y familias y, finalmente, porque su crueldad, antes que a su evangelización conduce a su muerte y destrucción.

Institución de tal naturaleza, contraria al derecho natural, carente de todo justificativo moral y jurídico, es, por tanto, absurda y nula. En el primer corolario del "Tratado sobre la Esclavitud", el autor advierte al rey, en forma perentoria, qué es lo que debe hacer. "Su Majestad, le dice, es obligado de precepto divino a mandar poner en libertad a todos los indios que los españoles tienen por esclavos" (22).

En otro escrito, titulado "Avisos y reglas para los confesores", el mismo autor expresa en forma severa, que se debe ordenar a quienes se acojan al sacramento de la penitencia, la inmediata liberación de los aborígenes sometidos a servidumbre, bajo las más severas penas (23).

---

(21) Ob. cit. Primera Razón.
(22) Ob. cit., pág. 127.
(23) ..."si tuviese algunos indios por esclavos de cualquier vía o título o manera que los hubiese habido o los tenga luego en continente y desde luego los dé por libres irrevocablemente, sin alguna limitación ni condición y luego pídales perdón de la injusticia que les hizo en hacerles esclavos, usurpando su libertad, o en ayudar o en ser parte que fuesen hechos, o si no los hizo, por haberlos comprado, tenido o servido de ellos por esclavos con mala fe". Ob. cit., pág. 139.

La imposición y la violencia, que atentan contra la libertad humana y son contraproducentes en sus efectos, no constituyen los medios más adecuados para la conversión de los infieles a la fe cristiana, sino el razonamiento y la actitud persuasiva, tal como se sostiene en la obra de admirable estructura filosófica escrita por Las Casas, bajo el título "Del único modo de atraer a todos los pueblos a la verdadera religión".

El punto de partida en la delicada tarea de adoctrinamiento en la verdad, es un principio axiomático: todos los hombres perciben con los sentidos las mismas cosas; y las palabras, diferentes en sonidos por la diversidad de idiomas y lenguas, si tienen el mismo significado, llevan a los mismos pensamientos.

Para convertir a los infieles al cristianismo deben usarse tales vías que se dirigen a la inteligencia y a la voluntad.

Es necesario que la persona cuya conversión se persigue, acepte voluntariamente las verdades de la fe para que pueda creer en ellas. Se acepta lo que se cree y se cree en aquello que se quiere creer.

En un primer momento, razona el teólogo y filósofo dominico, que sigue el proceso espiritual de la conversión, el entendimiento humano discurre sobre los motivos de la creencia, luego interviene la voluntad y le ordena que asienta; en un segundo momento, el entendimiento razona sobre la verdad de las proposiciones a las que ya ha asentido.

De aquí se desprende una trascendental conclusión: 'la razón de toda libertad depende del modo de ser del conocimiento, porque en tanto quiere la voluntad en cuanto el entendimiento entiende, y si nada entendiera el entendimiento, nada tampoco eligiría o querría la voluntad" (24).

(24) Ob. ref. Cap. 5, III, pág. 4.

Cuán opuesta a toda imposición es esta doctrina. Las verdades de la fe, según ella, deben presentarse al entendimiento humano en forma de proposiciones a fin de que la voluntad, tras una libre y sosegada deliberación, ordene su aceptación o rechazo. La conversión se presenta, de ese modo, no como un procedimiento compulsivo, sino como una verdadera ascensión espiritual. Los medios violentos "no son modos de enseñar religión. Constituyen un ataque y derogación del orden providencial" (25).

Nada justifica entonces la guerra contra los no cristianos como medio para hacerles aceptar la fe. Sin embargo, esta tesis fue objeto de ardua y larga disputa. A raíz del descubrimiento de América, se buscó a través de sus posibles soluciones, no sólo la justificación de una cruzada evangelizadora, sino la aprobación de las conquistas políticas, de la esclavitud legal de los indios y de la usurpación de sus bienes.

Los intervinientes en el debate, echaron mano de los viejos argumentos de San Agustín, de Santo Tomás, y de las leyes castellanas sobre la guerra justa.

Según opinión de San Agustín, la guerra para ser justa debía reunir tres condiciones: mandato de autoridad legítima; razón justa (como por ejemplo: restitución de lo indebidamente arrebatado, reparación de una injuria) e intención justa (que se busque hacer el bien, evitar el mal).

Alfonso el Sabio, consideró las dificultades sobre tan grave asunto. "Mover guerra, dice, es cosa en que deben mucho parar mientes los que la quieren fazer, antes que la comiencen, porque las fagan con razón o con derecho, ca desto vienen grandes tres bienes: El primero, que ayuda Dios más por ende a los que assí

(25) Edmundo O'Gorman. Fundamentos de la historia de América. Imprenta Universitaria. México. 1942. Pág. 55.

la fazen. El segundo porque ellos se esfuerzan más en sí mismos, por el derecho que tienen. El tercero, porque los que lo oyen, si son amigos ayúdanlos de mejor voluntad, y si enemigos, rezélanse más de ellos" (26). Santo Tomás de Aquino, siguió los lineamientos de la teoría agustiniana.

En lo que se refiere al caso concreto de la guerra de los españoles contra los naturales de América, podría justificarse, según el propio Las Casas, dentro de estas tres posibilidades; la primera si tuviera que ser dirigida contra los agresores, comprendiéndose dentro de tal denominación, no sólo a los que son actualmente tales sino a los "que no lo hagan porque esperan tiempo y sazón para lo hacer"; la segunda, contra aquellos que "maliciosamente" y "sin causa legítima", persiguen, estorban e impiden la fe y religión cristiana; y la tercera, contra los detentadores y usurpadores de los territorios y de los derechos de una nación (27). Es evidente, que los indígenas americanos no se hallaban en ninguna de tales situaciones.

En el caso de aceptarse que la guerra se justifica por el solo hecho de combatir contra los infieles, a quienes se considera agresores u ofensores, ya sea porque profesan otra fe o porque realizan actos que constituyen ofensas contra la humanidad, el dominico, cuyas obras comentamos, distingue hasta cuatro clases de infieles, con el propósito de defender a los indios de América de calificaciones injustas de parte de los europeos.

Se llama primeramente infieles, a quienes no profesando la religión de Cristo, moran en reinos cristianos y están sujetos a los gobernantes de éstos. En segundo término, se aplica el nombre de infieles a aque-

---

(26) P. II, L. 2, tit. 23.
(27) Doctrina, pág. 11.

llos que se han apropiado de hecho de los territorios y de las posesiones de los cristianos sin ser tales, y las mantienen para sí. En tercer lugar, se dice que son infieles los herejes y los apóstatas que son súbditos "de jure" de la Iglesia. Finalmente, en una cuarta categoría de infieles se hallan, quienes "ni tienen tierras usurpadas que hayan sido nuestras, ni con injurias nos han despajado de ellas, ni en algún tiempo nos hicieron daño o injuria, ni mal alguno, ni tengan propósito de hacerlo" y "ni en el presente ni en el pasado fueron súbditos de ningún imperio cristiano" (28). La guerra contra estos últimos, no se ampara en razón alguna. Es "temeraria, perversa y tiránica" como se dice en la "Respuesta a las cuestiones que le fueron propuestas sobre asuntos del Perú" (29).

El derecho natural cristiano, elaborado por los Padres de la Iglesia y por la escolástica europea, cuyo más elevado exponente fue Santo Tomás de Aquino, referido, entre otros, a los problemas de América, por el dominico Bartolomé Las Casas, constituye el punto de partida en el pensamiento jus-filosófico en el Perú.

El derecho arraiga en la naturaleza humana, espiritual y libre, proyectada hacia un destino superior. La esclavitud representa una institución antinatural y, por tanto, contraria al orden jurídico que sólo pudo admitirse como un estado precario y accidental derivado de situaciones de hecho.

En lo que se refiere al gobierno, Dios es la fuente y el origen de todo poder. Los reyes reciben la autoridad del pueblo tan sólo para promover el bien común. Tal autoridad no puede ejecutarse arbitrariamente sino que, en todo momento, debe someterse a las prescripciones de la ley. "Hablando estrictamente, por tanto,

(28) Id. pág. 10.
(29) Id.

el rey no es más que el rector y administrador de los asuntos públicos, y todos los miembros del reino, son súbditos, no de su persona, sino de la ley" (30).

El bien común, fin del Estado, tal como lo sostuvieron después, egregios tratadistas de la Escuela Española, significa la realización de "la felicidad civil y humana, y esta es la paz y el amor de los vecinos entre sí, por lo cual todos en el reino o ciudad estén ordenados y cada uno tenga goce de su suerte y lugar" (31).

De esta premisa se desprende que el gobernante, no debe practicar acto alguno que redunde en mal o en mengua de los derechos de sus súbditos por pequeño e intrascendente que parezca, ni porque la licitud de cualquier fin pueda invocarse con el propósito de justificar los medios. Con admirable coraje, enseñó Las Casas a los reyes de España, en defensa de los derechos del hombre, que bien vale la pena "perder todo el dicho su real señorío y nunca ser cristianos los indios, si el contrario de esto no podría ser sin muerte y total destrucción de ellos como hasta agora ha sido, que era inconveniente que Vuestra Magestad dejara de ser señor de ella y ellos jamás fuesen cristianos" (32).

(30) Hanke, Ob. cit., pág. 389.
(31) Doctrina.
(32) Id.

Capítulo II

EL JUSNATURALISMO ESCOLASTICO

"El hombre del Barroco, cualquiera que sea su posición dentro de la sociedad, tiene pleno juicio del valor que representa la fe católica que posee y las consecuencias que debe deducir para su actuación en el mundo; por eso, al embeberse en la idea de trascendencia, no tanto desde el punto de vista de los conceptos, como del sentimiento de su propio y personal destino ultraterreno, percibe la vida como peregrinación sobre la tierra, en cuyo viaje, más interesa el "cómo se haya ido" que el "que se haya ido". F. Javier de Ayala: "IDEAS POLITICAS DE JUAN DE SOLORZANO".

Ideas básicas.

A fines del siglo XV y en los comienzos del XVI, cuando el medioevo proyectaba sus últimos resplandores sobre la cultura de los pueblos de Europa, y en forma especial sobre la de España, era aún muy amplia la influencia de la filosofía de Santo Tomás.

"La idea central, la clave que nos abre la inteligencia del pensamiento, de la visión del mundo y de la

filosofía en la Edad Media, escribe Pablo Luis Landsberg, es la creencia de que el mundo es un cosmos, un todo ordenado con arreglo a un plan, un conjunto que se mueve tranquilamente, según leyes y ordenaciones eternas, las cuales nacidas con el primer principio de Dios, tienen también en Dios su referencia final" (1).

El ordenamiento del universo implica, según Santo Tomás —aparte de la ley divina que conocemos mediante la revelación y que nos señala nuestro fin sobrenatural— otras tres leyes "del orden natural universal" (2) que son la ley eterna, la ley natural y la ley humana.

La ley eterna es, según definición del propio Santo Tomás, "la razón de la divina sabiduría en cuanto dirige toda acción, todo movimiento" (3) que comprende lo que hoy llamamos las leyes físicas, las leyes biológicas y las leyes de la razón teórica y práctica del hombre (4).

La ley natural es la participación de la criatura racional en la ley eterna, es decir, la ley eterna aplicada a la naturaleza humana, mediante preceptos de la razón práctica equivalentes a los que gobiernan la razón especulativa (5).

De la ley natural se desprende la obligación de todo hombre de obrar de acuerdo con los dictados de su naturaleza, como medio para alcanzar la dignidad de un ser racional y libre. Su precepto supremo es la norma que manda hacer el bien y evitar el mal, realizar lo que es justo.

---

(1) La Edad Media y Nosotros. Trad. de J. Pérez Bances. Revista de Occidente. Madrid, 1925, pág. 18.
(2) Hanz Welzel. Derecho Natural y Justicia Material. Trad. de Felipe González Vicen. Aguilar, Madrid, 1957, pág. 68.
(3) S. Theol. I-II, cc. 90-97.
(4) Enrique Rommen. Derecho, cit.
(5) S. Theol. id.

La ley humana, deriva de la ley natural, cuyos mandatos concreta o precisa, con el propósito de salvaguardar el orden y la paz en la sociedad, y promover el perfeccionamiento de la persona.

La ley humana no puede contradecir a la ley natural a la cual refleja y en la cual se halla su fundamento, es decir, su "ratio legis". Una ley así, que se apartara del derecho natural, no sería "lex legalis" sino "lex corruptio" y, por tanto, no obligaría en conciencia.

La ley, que como norma de gobierno de los actos humanos, dimana de la razón. Por eso, Santo Tomás la define como "el ordenamiento de la razón hacia el bien común promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad" (6). Los efectos de la ley son mandar, prohibir, permitir y castigar todas aquellas acciones del hombre que atañen a su convivencia con los otros; de allí que se refiera específicamente a la justicia, que es la virtud social por excelencia, y, en forma indirecta, a las otras virtudes sólo en razón de la justicia.

La sociedad política, enseña Santo Tomás al igual que Aristóteles, tiene su origen y fundamento en la sociabilidad que es una dimensión esencial del hombre.

Entre el individuo y la comunidad política, si bien es cierto que existe análoga relación que entre la parte y el todo, no se da una subordinación total, puesto que el hombre es persona, ente espiritual de naturaleza racional, con un destino trascendente, por cuya razón se halla referido al Estado sólo en lo que corresponde al bien común temporal.

El fin del Estado es el bien común que debe con-

(6) Sum. Theol. 1a., 2e., pág. 90.

siderarse como la realización de las condiciones necesarias para alcanzar la felicidad de los súbditos. El medio para lograr tal propósito es el derecho.

La titularidad del poder político corresponde a la comunidad que lo recibe de Dios, que es la fuente de todo poder, y lo otorga al pueblo para que se valga de él como medio o instrumento del bien común. Como el pueblo, en tanto que multitud, no puede ejercer por sí mismo la potestad política, la confiere a una o a varias personas.

De tal delegación derivan las normas de gobierno. Si el Estado persigue el bien común, y la potestad política es ejercida por una persona, se llama monarquía; si por una minoría selecta en la virtud, aristocracia; y si lo es por el pueblo en general, democracia. Si no se atiende al bien común, sino al provecho de uno o de muchos, el régimen toma el nombre de tiranía si lo detenta uno; oligarquía si se halla en manos de varios, y demagogia cuando cae en poder del pueblo en general.

Profunda fue la influencia del pensamiento de Santo Tomás en los juristas de la Escuela Española del siglo XVI, que dio lozanía a las tesis fundamentales del maestro, y las proyectó hacia las nuevas circunstancias históricas y sociales.

Así surgió la filosofía jurídica de franciscanos como Alonso de Castro (1495-1558), de los dominicos Francisco de Vitoria (1473-1546), Domingo de Soto (1494-1560), Melchor Cano (1509-1560), Bartolomé Medina (1572-1580), Domingo Bañez (1528-1608), de los jesuitas Pedro de Fonseca (1528-1599), Luis de Molina (1535-1600), Gabriel Vásquez (1694-1604), Gregorio de Valencia (1549-1603), Juan de Salas, Juan de Mariana (1539-1623), Francisco Suárez (1548-1617), Rodrigo de Arriaga, y otros, como Diego de Covarru-

bias (1512-1577), Martín de Aspilcueta, entre los más eximios.

Ideas sobre la universalidad y la inmutabilidad de los preceptos del derecho natural, sobre el origen y la legitimidad del poder, sobre la esclavitud, la servidumbre, los derechos de conquista, la guerra justa, la potestad temporal de la iglesia, fueron objeto de fecundo debate.

La influencia de las citadas doctrinas y de los pensadores europeos que las sustentaron, fue en nuestro ambiente tenue y lejana. En el Perú, durante el siglo XVI y XVII, al igual que los juristas, teólogos, moralistas, canonistas y escritores políticos, incursionaron en las disciplinas del derecho. Pero sus obras, por lo general, carecen de universalidad y de sistemática. "Típico de la ciencia política indiana (vale decir de la ciencia jurídica), dice con exactitud F. Javier Ayala, es su carácter fragmentario y localista. Sus cultivadores, agrega, escriben de modo aislado, a medida que los problemas van surgiendo, coartados por la timidez del que trabaja con materiales en gran parte desconocidos con anterioridad; su gestación es lenta y trabajosa y adolece fácilmente de una escasa preparación en las disciplinas jurídicas peninsulares, y si ésta se posee no se alcanza a utilizar con amplitud y coherencia" (7).

Los más destacados de aquellos escritores fueron el Padre José de Acosta cuya obra "Historia Natural y Moral de Indias" vio la luz en Sevilla en 1590; el oidor de la Audiencia de Charcas Juan de Matienzo, que por el año 1573 escribió su "Gobierno del Perú"; el franciscano Miguel de Agia que en 1604 editó en Li-

(7) F. Javier de Ayala. "Ideas Políticas de Juan de Solórzano". Publicaciones de la Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla. Sevilla, 1946, pág. 36.

ma "Tres pareceres" sobre la servidumbre personal de los indios; el jesuita Diego de Avendaño, cuyo libro "Thesaurus Indicus" se publicó en Amberes el año 1668, y Juan de Solórgano Peerira, que vivió hasta 1655, autor de la obra monumental y erudita que lleva por título "Política Indiana", que data de 1647, en la que amplía las ideas expuestas antes en otra obra, escrita en latín denominada "De Indiarum Jure".

Los derechos fundamentales del hombre.

Los juristas de los siglos XVI y XVII tuvieron ante sí, en el Perú colonial, graves problemas: el de la libertad jurídica dentro de una sociedad constituída en base a la servidumbre de los indios, y que además admitía la esclavitud legal; y la justificación del gobierno en el nuevo sistema político nacido de la conquista.

El Padre Acosta, en su "Historia Natural y Moral de Indias" (8) lo mismo que el franciscano Agia, proclamaron que la vida y la libertad son derechos esenciales de todo hombre, de conformidad con las prescripciones inmutables y eternas de la ley natural.

El derecho a la vida fue reconocido como el fundamento y base de todos los otros derechos, y, por tanto debe ser inviolable. Sin embargo, como admite el propio Agia, el gobernante está legítimamente facultado para imponer a sus súbditos hasta el sacrificio de su vida por exigencias del bien común.

Dicha exigencia justifica, en opinión de Agia, el envío de indios a trabajar en las minas de azogue, semejante al caso de las repúblicas de Génova y Venecia que obligaban a ciudadanos libres a remar galeras,

(8) Edición preparada por Edmundo O'Gorman. Fondo de Cultura Económica.

y a la potestad de los reyes de "quintar" a sus súbditos por exigencias de la guerra (9).

El problema de la libertad constituye la cuestión principal de meditación y debate, más que por razones teóricas, por exigencias sociales". Los teólogos y filósofos tenían como premisa que la libertad cristiana, vale decir, la libertad moral, que guía a cada hombre hacia su destino sobrenatural, sólo se pierde por la esclavitud del pecado.

Empero, no se trata de aquella libertad ni de la libertad política, que durante aquel período estuvo al margen de debate, sino de la libertad jurídica.

Los tratadistas de la época reconocen esa libertad como uno de los mayores bienes del hombre y condenan la esclavitud de indios y negros como injusta e inhumana.

Acosta, se muestra fervoroso partidario de Las Casas y contrario a Sepúlveda, en la defensa de la libertad. Avendaño, autor de la obra titulada "Thesaurus Indicus" repudia la esclavitud de indios y negros. Refiriéndose a estos últimos escribe: "La venta de esclavos no es título de cautividad sino violación de la justicia y del derecho" y quienes realizan tan inicuo comercio, pecan mortalmente (10). Miguel de Agia condena el servicio personal que convierte en esclavos

---

(9) Pese a que "es saber por cosa cierta y por experiencia que los indios que son enviados a dichas minas, son enviados por la mayor parte a morir sin remisión alguna, iure enim paria sun effectu accidere, vel perducere in lucum ubi qui occidatur et pereat, 1. si boues alienos. ff. ad Aquiliam et Clarius in & final institut. de leg. Aquil. I esto no impide porque la República y el Rey tienen legítimo poder y autoridad por las causas referidas de necesidad y utitilidad pública de poner sus vasallos a peligro de muerte, como lo enseña el común de los Doctores". Fr. Miguel Agia. "Servidumbres Personales de los Indios". Consejo Superior de Investigaciones Cientfficas. Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla, pág. 111.

(10) Felipe Barreda Laos. "La vida intelectual en el virreinato del Perú". Buenos Aires, 1937, pág. 164.

a los indios "que por naturaleza son libres", y citando a Alonso de Caestro, recuerda que tal servicio no sólo es contrario a la ley natural sino también a la ley divina porque la ley natural es también divina. (11).

Sin embargo, algunos escritores como el propio Acosta y Agia, admiten el hecho de la esclavitud legal derivado de una "ley humana" como en los casos de compra de un esclavo a quien es su propietario; de guerra justa o de nacimiento de madre esclava "que son los legítimos y verdaderos títulos de esclavitud" (12).

Según el autor de "Thesourus Indicus", que no rechaza la esclavitud legal, esta "es un estado imperfecto; representa un momento de tránsito hacia formas sociales más perfectas. No es un estado natural sino un accidente en la vida de la humanidad, que parece guiada en sus progresos por una ley de perfección (13).

Pese a condenas tan reiteradas de la esclavitud natural, y al repudio que despertó entre los juristas coloniales, muchos de ellos admitieron y llegaron a justificar una institución que en muy poco se diferenciaba de aquella: la servidumbre de los indios que, cualquiera que hubiera sido la palabra que se empleara para connotarla, significó sometimiento y pérdida de la libertad.

Dos fueron las razones aducidas para admitir la existencia de la servidumbre: la pretendida inferioridad de los indios y su inclinación al ocio, por una parte; y la satisfacción de exigencias de tipo económico para la buena marcha de la sociedad, por otra.

La opinión del licenciado Matienzo, puede tomarse

(11) Ob. cit., pág. 80.
(12) Id. pág. 81.
(13) Barreda Laos, ob. cit., pág. 158.

como ejemplo, entre la de sus contemporáneos. "Los indios de cuantas naciones se han descubierto, dice, son pusilánimes y tímidos, que les vienen de sus melancolías, naturalmente tiénense en menos de lo que se podían tener, no piensan que merecen bien ni honra y así es que no la tienen ni procuran, aunque sean mui principales; no tienen por injurias que los azoten, ni que les tomen sus mujeres, hijas, hermanas o parientes....." (14). El autor de las "Servidumbres Personales", agrega a los defectos señalados por Matienzo, refiriéndose a los indios: "no hay para ellos cosa más odiosa que trabajar aunque sea para sí mismos" (15).

En vista de tales defectos, el Padre Acosta abogaba, porque los indios fueran tratados como "rebaños" por su escaso ingenio que les hacía semejantes a las mujeres o a los niños (16); y el ecléctico y moderado Solórzano, admitía que debían ser puestos bajo la tutela de otros hombres para que los defiendan con su autoridad y cuidado (17).

Por otra parte, las exigencias de la agricultura, de los obrajes, la extracción de los minerales, el transporte en inmensos territorios que los europeos tenían ansia de explotar, demandaban trabajo y éste no podía ser ejecutado sino por los indios.

Igual contradicción se observa entre la valoración teórica y el reconocimiento efectivo de otro derecho: la igualdad. Si es verdad, como lo expresa Solórzano, que los hombres son iguales, y que las desigualdades representan matices que introducen variedad dentro

---

(14) Licenciado Juan de Matienzo. "Gobierno del Perú". Editado por la Facultad de Filosofía y Letras. Sección Historia. Compañía Suramericana de Billetes de Banco. Buenos Aires, 1910. Cap. 40, pág. 14.
(15) Ob. cit., pág. 56.
(16) Barreda Laos, ob. cit., pág. 121.
(17) Política Indiana. Compañía Ibero-Americana de Publicaciones. Madrid-Buenos Aires.

de una esencial unidad, los propios juristas, al defender la servidumbre o al justificar la guerra de conquista, admitieron las desigualdades e hicieron de ellas origen de desiguales derechos.

Finalmente, en orden a la propiedad se manifiesta parecida contradicción. Teóricamente los tratadistas rechazaron las doctrinas de quienes negaban a los infieles la potestad de dominio sobre las cosas, pero en la práctica, el sistema de servidumbre personal, los repartimientos, las encomiendas, los abusos y el incumplimiento de las leyes, y su defectuosa reglamentación, privaron a los aborígenes de aquel derecho.

La conquista abrió un abismo que se ensanchará con los siglos, entre un país teórico y legal, y el país real; el uno, en pos de la justicia y del derecho, y el otro, de iniquidad, abuso y explotación.

La filosofía política.

Los escritores de los siglos XVI y XVII recogieron y acogieron las ideas de la doctrina aristotélico-medioeval sobre la organización y sobre las funciones del Estado.

El origen del Estado se halla, según Solórzano Pereira, en la sociabilidad natural del hombre. El ser humano no sólo se define como un ente racional, rasgo que constituye su principal diferencia con los animales, sino también como "sociable, político y civil" (18).

Siguiendo las enseñanzas de Aristóteles y de Santo Tomás, Solórzano afirma que la sociabilidad deriva de una consustancial imperfección humana que nos lleva a buscar la ayuda de los otros con una doble fina-

(18) Ayala, ob. cit., pág. 11.

lidad: dominar la naturaleza y suplir su propia debilidad" (19).

La sociedad política ha nacido de un largo proceso que tuvo como punto de partida en las organizaciones rudimentarias hasta llegar a las normas más perfectas del Estado. El mismo autor refiere que los primitivos originariamente dispersos formando familias separadas "mejor enseñados por hombres prudentes y sabios, vinieron en conocimiento de lo que importaba juntarse y unirse, dejando los montes, chozas y cuevas, y reduciéndose a pueblos y lugares que se comunicasen y ayudasen unos a otros y se pudiesen mejor defender de los enemigos y de las fieras, que en aquellos primeros tiempos gravemente les infestaban" (20).

Los escritores de la época, ofrecen un cuadro orgánico y jerarquizado de la sociedad, que presentan como conjunto de clases o "estados de gentes" cada una de las cuales desempeña sus propias funciones en servicio de las necesidades de la comunidad.

Bajo la inspiración de los autores clásicos, el franciscano Miguel de Agia clasificó los diversos grupos humanos que formaban la sociedad indiana. La primera clase era la de los labradores y pastores de quienes "penden los alimentos para la vida humana y sin quienes es imposible vivir", la segunda la de los mercaderes que realizan funciones igualmente imprescindibles cuyo oficio "no es imposible ejercitar sin pecado"; en el tercer grupo están los "artífices de las artes mecánicas que corresponde a siete actividades diferentes (agricultores; caza y pesca; herreros-carpinteros-cerrajeros; tejedores-sastres; navegantes; soldados; y medicina curativa, especialmente cirujía)

(19) Id.
(20) Id., pág. 183.

(21). Solórzano completa el cuadro colocando en la cúspide de la organización a la clase dirigente.

Es evidente que entre todos aquellos "estados de gentes" existen dos grupos: uno el de los hombres capaces de gobernarse y el otro formado por los que no lo son. Por tanto, los primeros deben ser considerados "puestos en manos de Dios y de los que en la tierra lo representan, como lo dice David, para que los amparen y defiendan con su autoridad y cuidado" (22).

Los más prudentes están llamados a guiar a los que no lo son, y su deber es anteponer "las utilidades públicas a las particulares y las eternas a las mortales" a fin de alcanzar no "sus propios aumentos sino el bien de la sociedad (23).

Los juristas coloniales al igual que los demás escritores de la época, fieles a las enseñanzas de la Iglesia, sostienen que el poder político o potestad política, tiene su origen en Dios —fuente de todo poder— y se sustenta en la naturaleza misma de la sociedad.

Los reyes y los demás gobernantes, que reciben su autoridad de Dios, la ejercen en su nombre, como intérpretes y ejecutores de sus mandatos.

Si la "potestad política" es de origen divino, quedan excluídas todas aquellas doctrinas que la presentan como nacida de cualquier raíz humana. Por otra parte, dicho origen impone esencial limitación a la autoridad de los gobernantes y, en especial, del absolutismo de los reyes, puesto que sus mandatos son ejer-

---

(21) Agia, ob. cit., pág. 43. Autor cita a Platón en La República; a Aristóteles en la Política, "Re Rústica" de Catón; La Historia de Plutarco, etc.
(22) Ayala, pág. 188.
(23) Id., pág. 189.

cidos por delegación, y se hallan sometidos, por tanto, a un poder más alto, el de Dios.

El poder de gobernar se funda en la naturaleza de toda comunidad humana que no puede realizar sus fines sin autoridad que la dirija y ordene. La autoridad desempeña el mismo papel que "la cabeza sobre el organismo del hombre que no podría existir sin ella porque tiene las funciones de "inspirar vida, mandar a todos los sentidos para y por ellos ver, oir, oler, dolerse, gustar, sentir, palpar y, finalmente, debe ser vigilantísimo rector de todo el cuerpo" (24).

Del mismo modo que los demás órganos se hallan subordinados a los que son superiores, los súbditos se hallan sometidos al gobernante. Tal sumisión, como lo admiten todos los Doctores, no es incompatible con la libertad, porque ésta se pierde sólo por efecto del pecado "y no por la servidumbre política o civil que deben los hombres a la República" (25).

Si el poder dimana de Dios, es obvio concluir que la potestad de los reyes sobre sus vasallos, según la doctrina imperante en aquella época "es de ley divina", por lo que es forzoso reconocer también que la obligación de obediencia que corresponde a los súbditos es asimismo de ley divina, porque si no fuera así, se llegaría al absurdo que significaría admitir que, dentro de la misma relación, la potestad de mandato y el deber de sumisión son de naturaleza diferente (26).

La finalidad del Estado es alcanzar el bien común, y hacia él se debe orientar la potestad directiva de los gobernantes y la conducta de los súbditos.

La preocupación de los autores coloniales por la

---

(24) Ob. cit., pág. 196.
(25) Agia, ob. cit., págs. 99-100.
(26) Id.

solución de los problemas derivados del trabajo de los indios y de la imposición de tributos, los llevó a buscar en forma afanosa su justificación teórica. Allí están los argumentos de Matienzo y de Agia, que condenan la ociosidad como fuente de todos los males (27) y la defensa de los tributos moderados, que se justifican por causas de utilidad pública, puesto que los reyes para remediar las necesidades de sus reinos y señoríos tienen tres medios lícitos: tomar las haciendas de sus vasallos por ninguno o por mui poco precio; imponer "tributos, pechos y alcabalas" q°ue cuando significa un aporte voluntario se llamaban "benevolencia", siendo más "benévolo" el súbdito que daba más; y, finalmente, el trabajo de las minas (28).

Los tratadistas de la colonia, con un criterio más realista que especulativo, consideraron la monarquía absoluta como la mejor forma de gobierno.

Alabando los beneficios de una organización de esa clase, Solórzano, como portavoz de sus contemporáneos, expresa que "lo más útil es elegir siempre uno, a quien deben obedecer los demás, porque se deja vaga la voluntad a muchos, cuyos pareceres suelen ser encontrados o diferentes, se engendra confusión y embarazo, que ocasiona culpas y despierta desasosiegos" (29).

El gobernante, cuyo poder deriva de Dios, se encuentra sujeto a las prescripciones de la ley divina y de la ley natural, que le señalan sus derechos y deberes y limitan su potestad omnímoda. Pero el problema surge con relación a las leyes positivas que él mismo emite y promulga, frente a las cuales se halla restringido "se-

(27) Obs. cits. Los que se crían en la ociosidad "son afeminados y sin fuerzas", ella "enseña muchas maldades", es "fuente de males para el cuerpo y para el alma, es lo más contrario a la salud, etc.
(28) Ob. cit., págs. 103-104.
(29) Política Indiana, t. V, pág. 862.

gún el común sentir, a las solas penales y caducarias, porque si atendemos a la razón natural y a la fuerza que por dictarlo ella nos dirige a la honestidad que en los príncipes debe ser mayor que en los demás, deberán siempre huir de aquél tiránico "licet si libet" (30).

El poder político que ejercen los gobernantes no puede ser restringido, en cuanto tal, por la Iglesia. La mayoría de los tratadistas sostienen que la Iglesia carece de potestad temporal, y que los reyes, al margen de los asuntos de fe y de religión, no tienen porqué reconocer al Sumo Pontífice como superior (31).

Interpretación de la conquista.

Después de transcurrido mucho tiempo del descubrimiento del Nuevo Mundo y de las empresas iniciales de la conquista, igual que en las primeras décadas, se mantenía latente, como uno de los problemas centrales de la época, tan limitada en inquietudes, el de la justificación teórica de aquella empresa. El Oidor Juan de Matienzo, presenta en síntesis acertada el cuadro de las razones comumente aducidas con el objeto de demostrar que las Indias fueron "justamente ganadas". Tales razones se hallan: en la concesión otorgada por el Sumo Pontífice en favor de los Monarcas españoles; en que los territorios americanos se encontraban desiertos; porque los indios se resistían a recibir la fe; porque eran reos de abominables pecados "contra natura", y, finalmente, por la dureza, infidelidad y tiranía de sus propios gobiernos (32).

La legitimidad del derecho de los Papas para otorgar como concesión el territorio de América, en favor de los reyes españoles, que había sido impugnada por

(30) Emblema CXIX.
(31) Ayala, ob. cit., pág. 156.
(32) Gobierno del Perú. Capítulo 2º, pág. 13.

juristas tan eminentes como Vitoria y Bodin, tenía aún defensores en las Indias (33).

Solórzano declara palmariamente que, pese a que no desconoce las opiniones contrarias, juzga como verdadera aquella doctrina "que atribuye al Romano Pontífice la potestad y la autoridad en uno y otro fuero, espiritual y temporal, no sólo indirecta sino también directa; y que, por tanto le concede, exigiéndole una causa justa, el supremo gobierno y jurisdicción de todos los reinos y provincias de fieles e infieles" (34).

El derecho que corresponde al descubridor o inventor de un bien ignorado u oculto, fue esgrimido como otro título válido de propiedad de tan inmensas tierras y como razón para clausurar e impedir el ingreso de extraños a sus mares.

Quienes refutaron tales afirmaciones, argumentaron que se trata de un modo de adquirir que desde Roma corresponde al ámbito del derecho privado y no al derecho público. Que en todo caso, y de ser aplicable la tesis a los territorios americanos, debía limitarse a los que fueran "res nullius" y no a los que se hallaban bajo la posesión de sus primitivos moradores.

La defensa de la guerra contra los indios, ya sea por su resistencia a la fe, por su vida primitiva o por la tiranía de sus gobiernos, tenía también como propósito la justificación de la violencia como medio de adquirir el patrimonio de quienes lo habían perdido (infieles) o de quienes eran indignos de conservarlo (bárbaros).

---

(33) "Lo que el Señor dijo a San Pedro: **Apacienta mis ovejas,** muy claramente muestra que trata de dominio espiritual, no de dominio temporal. Otra prueba de que el Papa no es señor universal de todo el mundo: el Señor dijo que al fin de los tiempos se hará **un solo rebaño bajo un solo pastor;** de donde sobradamente se ve que ahora no somos todos ovejas de un solo rebaño". "Relaciones Teológicas". Madrid, 1917, pág. 44.

(34) Ayala, pág. 358.

Aunque la mayoría de los tratadistas católicos se declaraba adversaria de las guerras, no sólo de aquellas que los príncipes hacían "voluntariamente o por presunción" sino también "de las justas y necesarias", algunos de ellos admitían aquellas empresas bélicas que tuvieran por objeto vengar agravios contra la autoridad y, con mayor razón, contra Dios.

También Vitoria, y al igual que él otros juristas españoles, dejaron oír su voz de condena contra tales guerras, porque ni los príncipes cristianos ni el Papa tienen derecho alguno para "apartar violentamente a los bárbaros" de sus pecados contra la ley natural, ni por ellos pueden castigarlos, porque tal potestad supone algo falso, a saber: que el Papa tiene jurisdicción sobre ellos" (35). Sin embargo, juristas americanos admitían la licitud de tales empresas, en los casos en que los bárbaros se opusieran a la propagación de la fe, y por sus delitos contra natura, que ofenden la magestad de Dios (idolatría) o la dignidad humana (sacrificios humanos, homicidios, robos, hurtos, incestos).

En el fondo de todos estos argumentos, se descubre el anhelo profundo de España por incorporar a los hombres de América a la cristiandad, concebida como comunidad moral.

(35) Ricardo Levene: "Introducción a la Historia del Derecho Indiano". Valerio Abeledo. Buenos Aires, 1924, pág. 61.

Capítulo III

El jusnaturalismo racionalista

"Esta nueva edad, para hacer conocer claramente las leyes de que hablamos, tenía necesidad de luces en el más riguroso sentido de la palabra. Pero no pidió esas luces a la fe sino a la razón. E igualmente en la razón depositó la ley moral: la razón pensando puede por sí misma y por la sola consideración de su naturaleza abstracta, deducir de una manera axiomática todas las leyes, toda la moral y todo el derecho; podría hacerlo aun en la hipótesis de que Dios no existiera, ya que a Dios no se le considera en adelante como la fuente primaria de la moral y del derecho. Desde entonces, con un verdadero fanatismo de la razón, se pusieron los hombres a elaborar sistemas de moral y sistemas jurídicos completos, equipados de pies a cabeza hasta la regla más insignificante". Enrique Rommen, "DERECHO NATURAL".

El punto de partida.

El paso de las formas culturales del medioevo a la edad moderna, no se realizó de una manera directa y violenta. Supuso, más bien, un largo período de transición dentro del cual convivieron manifestaciones del pensamiento anterior con el que se estaba gestando.

Dentro de ese período tuvo lugar, como expresión más saltante, la paulatina separación de la filosofía y de la ciencia con respecto a la teología, aunque "es completamente erróneo inferir de ello, como si fuese lo mismo, un cambio total y análogo en los problemas que se plantea el pensamiento; es erróneo querer separar la filosofía moderna de la medioeval, considerando aquélla como puramente laica dirigida a la naturleza y a la existencia natural, mientras ésta inquiere siempre las últimas cosas suprasensibles, Dios, la inmortalidad, el alma" (1).

En el ámbito del derecho, se produjo un fenómeno análogo. Durante el siglo XVII, la escolástica no fue completamente desplazada por la filosofía racionalista, sino que ésta, alcanzó apenas un círculo reducido de pensadores, mientras perduraron, por lo menos hasta fines de esa centuria, los rezagos del pensamiento anterior (2).

La tesis contraria, propugnada por el iluminismo del siglo XVIII, en su afán de negar toda conexión entre la escolástica y el racionalismo, que presenta a Hugo Grocio como iniciador de la Escuela Moderna de Derecho Natural, ha sido ya abandonada. Los representantes del pensamiento católico español —entre los

(1) Heiz Heimsoeth. "Los seis grandes temas de la metafísica de Occidente". Traducción del alemán por José Gaos. Revista de Occidente, Madrid, pág. 22.
(2) Welzel, ob. cit., pág. 132.

cuales se dibuja con nitidez singular Vásquez de Menchaca— deben ser considerados como los legítimos iniciadores de dicho movimiento, dentro de la referida etapa de transición.

La doctrina jusnaturalista laica se debió, no sólo a las causas generales que dieron origen al individualismo y al racionalismo, sino a otras de índole especial, entre las cuales se destacan con claridad, aquel movimiento que produjo la disgregación del Sacro Imperio y colocó al hombre dentro de los nuevos Estados, y al decaímiento del derecho romano que significó la pérdida de su prestigio y de su universalidad.

Liberado de trabas, el hombre moderno siguió el camino de la razón, que le llevó a encontrar el fundamento del derecho en su propia naturaleza.

El período intermedio, entre la escolástica y el jusnaturalismo moderno, está representado, entre otros tratadistas, por Vásquez de Menchaca, autor de la obra titulada "Controversiarum illustrium aliarunque uso frecuentium libri tres" (1564), en la cual llega a valiosas conclusiones (3).

Según Vásquez de Menchaca, el derecho natural primario —jus gentium naturale primaevum— es la misma "recta ratio" que conduce a resultados útiles para la convivencia entre los pueblos (4). Las consecuencias que derivan de esta tesis son las siguientes: el hombre es bueno por naturaleza y se halla inclinado a buscar la felicidad y la convivencia pacífica con los demás hombres; la libertad y la igualdad son derechos naturales; la autoridad estatal, nacida de la soberanía del pueblo existe para el bien de los ciudadanos; los po-

(3) Alfred Verdross. La Filosofía del Derecho en el Mundo Occidental. Traducción de Mario de la Cueva. Centro de Estudios Filosóficos. Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 172.
(4) Id.

deres que la ejercen y de los que no puede ser privada, persiguen tal objeto; gobernar significa ejercer jurisdicción, y el Estado no es un organismo (5).

El jusnaturalismo racionalista se caracteriza, por su intento de elaborar una concepción teórica del derecho mediante la sola razón del hombre apartado de la luz de la revelación (6), y por la búsqueda de los fundamentos del orden jurídico en la naturaleza humana como objeto.

La discrepancia entre los pensadores se produjo, no en cuanto a los alcances de las potencias racionales del hombre para descubrir las esencias del derecho, sino sobre lo que debe entenderse por "naturaleza".

Santo Tomás, añade con toda claridad, en el Tratado de la Ley, dos significaciones del término "naturaleza". "Puede decirse —escribe— que una cosa es de derecho natural: 1º) porque responde a una inclinación de la naturaleza humana, como p. e., no hacer injuria a nadie; 2º) porque la naturaleza no induce a lo contrario. En este sentido podríamos decir que la desnudez en el hombre es de derecho natural: la naturaleza no le dio vestidos; el vestido es una invención y obra del arte" (7).

Estas dos acepciones atañen, la una, a la "naturaleza' en sentido metafísico de esencia, "aquello que corresponde a las exigencias y a las inclinaciones de la esencia, conforme a la cual las cosas están ordenadas en razón de su tipo específico" (8) y la otra, a la na-

(5) Id., pág. 173.
(6) Hugo Grocio. Derecho de la Guerra y de la Paz. Versión del latín de Jaime Torrubiano Ripoll. Ed. Reus. Madrid. 1925. La razón es "tan común a todos los hombres que no tolera ninguna diferencia religiosa". L. II, cap. XV, 8.
(7) La Ley Quinta, Art. quinto. Versión castellana de C. Fernández Alvar. Editorial Labor, pág. 83.
(8) Jacques Maritiana. Tres Reformadores. Traducción de Adriana de Fuenzalida. Ed. Letras. Santiago, pág. 172.

turaleza tomada como "estado primitivo". Dentro de esta última significación "es natural entonces aquello que existe de hecho antes de todo desarrollo debido a la inteligencia" (9).

Para aquella estirpe de pensadores, que parte de Hugo Grocio y llega hasta Pufendorf y a su discípulo Heinecio —que fue recogido en el Perú y que ejerció tanta influencia desde el segundo tercio del siglo XVIII hasta la primera mitad del siglo XIX "naturaleza" significa esencia humana, y es en ella que la razón debe encontrar las raíces del derecho. Para la otra, que tiene su origen en Hobbes y que se proyecta hacia los enciclopedistas y a los teóricos de la Revolución Francesa, como Rousseau— "naturaleza" es el estado primitivo y libre del hombre y, por tanto, la "ley natural" para emplear el lenguaje del mismo Hobbes, pertenece a la razón y se deduce de ella.

Nuestros pensadores siguen sucesivamente esas dos líneas. En el apogeo del período colonial, la primera, que puede denominarse "moderada"; desde las primeras inquietudes libertarias, la segunda, que es "radical".

Hugo Grocio (1625) considera que el derecho natural es "un dictado de la recta razón" (10) que indica la conformidad o la disconformidad de las acciones con "la naturaleza racional" (11) del hombre.

Como aparece con claridad en esta teoría, se hallan perfectamente definidos los dos elementos del derecho natural racionalista: la razón y la naturaleza humana en la que busca el justificativo de nuestras acciones.

---

(9) Id.
(10) Grocio, ob. cit. Lib. I, X, pág. 52.
(11) Id.

Pero la naturaleza humana no es puramente racional, sino "racional y sociable". He aquí la sociabilidad como fundamento del derecho.

De la sociabilidad se desprende la inviolabilidad de los pactos, en general, de los tratados internacionales en especial, y la legitimidad de los gobiernos, nacidos también de un pacto (12).

La antiposición de la doctrina de Grocio, está representada por la Hobbes (1651). La "naturaleza" es un estado de libertad sin frenos en que el hombre posee potestad sobre todas las cosas e incluso sobre los demás hombres (13). Todos son libres e iguales, y de allí su perpetua lucha. En esa libertad absoluta consiste el "derecho natural", mientras la "ley natural" es un precepto o norma establecida por la razón con el objeto de encauzar esa libertad para hacer posible la convivencia social y poner término al desorden y a la lucha (14).

La filosofía de Pufendorf (1672) significa el enlace entre las dos teorías citadas. Basa el derecho natural en la sociabilidad humana, como lo hace Grocio, pero se aparta de él en cuanto se vale sólo de la razón al igual que Hobbes, y se separa de éste porque limita los alcances de la razón considerándola como instrumento

---

(12) Id. Lib. I, cap. III. 8.

(13) Thomas Hobbes. Leviathan. Trad. de Manuel Sánchez Sarto. Fondo de Cultura Económica. México. Cap. XIV, pág. 105.

(14) "La Ley de la naturaleza (**lex naturalis**) es un precepto o norma general establecida por la razón, en la cual se prohibe a un hombre hacer lo que puede destruir su vida o privarle de los medios de conservarla; o bien, omitir aquello mediante lo cual piensa que pueda quedar su vida mejor preservada. Aunque quienes se ocupan de estas cuestiones acostumbran confundir **jus** y **lex** (**derecho** y **ley**), precisa distinguir estos términos porque el **DERECHO** consiste en la libertad de hacer u omitir, mientras la **LEY** determina y obliga a una de esas dos cosas. Así, la ley y el derecho difieren tanto como la obligación y la libertad, que son incompatibles cuando se refieren a la misma materia". Leviathan, Parte Primera, Cap. XIV, pág. 106.

para deducir la naturaleza de los preceptos fundamentales del orden jurídico.

Es interesante subrayar, para los propósitos de este estudio, los rasgos más saltantes de esta teoría, en lo que significa transacción con el pensamiento escolástico, y como promesa de las nuevas ideas.

De la observación, no como un axioma evidente sino por comprobación empírica, desprende Pufendorf, que el hombre es un ser que aislado se caracteriza por el desamparo (imbecilitas) fuente de la sociabilidad (sociallitas) que no es un instinto consustancial a su naturaleza (sociale) sino una necesidad (sociabile). La norma suprema del derecho natural es la siguiente: "Cada hombre debe, en cuanto depende de él, mantener y cuidar sus relaciones sociales".

Pero el derecho natural se sustenta en un principio: la providencia divina rige todo el universo "y ha inculcado en la humanidad la convicción de que deben cumplirse todos los preceptos justanturalistas" (15) y sus reglas se basan en los dos mandamientos de Cristo: amar a Dios y al prójimo (16).

El hombre es esencialmente libre, tomada esta palabra en sentido ético, y de dicha libertad deriva la igualdad de Derecho Natural y de ésta la libertad de Derecho Natural. El Estado, ha nacido para mantener la paz y para que el derecho antural tenga vigencia mediante el derecho positivo que se inspira en él.

De aquí que para Pufendorf, sea deber esencial de los súbditos la obediencia al príncipe, aún en el caso de las más duras injusticias, y que tenga sentido muy limitado —o esté proscrito— el derecho de resistencia

---

(15) Verdross, ob. cit., pág. 208.
(16) Id.

a la opresión, que se justifican sólo en caso de violación evidente de los mandamientos de Dios (17).

Bajo el signo de Heinecio

La renovación del pensamiento jurídico en el Perú del siglo XVIII, fue débil y tardía.

En la Universidad de San Marcos, el centro intelectual de más elevado rango, se impartía la enseñanza del Derecho Canónico en las cátedras de Prima de Cánones y Vísperas de Cánones, y del Derecho Romano en las de Vísperas de leyes, Prima de Leyes, Instituta, Dcreto, Código y Digesto Viejo (18). Los juristas más destacados de la época cultivaron diversas ramas de las disciplinas del Derecho pero ninguno se destacó en el campo de la filosofía jurídica. La obra de Antonio León Pinelo fue principalmente de recopilación y de estudio de decisiones pontificias; la de Gaspar de Escalona se refirió a la Hacienda Pública; la Curia Filípica de Hevia y Bolaños es un magnífico tratado de derecho procesal; el Obispo Gaspar de Villarroel se distinguió como canonista, y Pedro José Bravo de Lagunas fue jurista-economista, entre los más notables (19).

No puede negarse, sin embargo, que desde comienzos del siglo XVII se hacen patentes en América Hispana las influencias de los jusnaturalistas modernos (20). De estas influencias se destaca en forma singular la de Johann Gottlieb Hienecke (1681-1741), conocido co-

(17) Id., pág. 211.
(18) Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Historia de la Facultad de Derecho. Gustavo Pons Musso, 1946, pág. 19.
(19) Jorge Basadre. Historia del Derecho Peruano, Vol. I, Ed. Atenea S. A., Lima, 1937, págs. 299 y siguientes.
(20) Historia de la Facultad de Derecho por Vicente Ugarte del Pino. Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Organo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Año XXX, Nos. I-II-III, Lima 1966, pág. 185.

mo Heinecius o por la castellanización de su apellido: Heinecio.

La renovación de los estudios de derecho en las universidades españolas, a través de las reformas de 1713 y 1741, el desplazamiento del derecho romano por el derecho nacional, y, sobre todo, la creación de la cátedra de Derecho Natural y de Gentes, proyectaron su influencia hacia la cultura jurídica del Perú y fueron evidentes factores en su evolución.

Un acontecimiento de suma importancia contribuyó en nuestro país a la reforma de los estudios en general y, por ende, de los estudios jurídicos. Este acontecimiento fue la creación del Convictorio de San Carlos en 1771, con el propósito de sustituir a los colegios de San Martín y San Felipe, extinguidos por la expulsión de los jesuítas.

El nuevo establecimiento "con sistema menos riguroso, más libre e independiente, ofreció posibilidades de liberación intelectual" (21). El propulsor de este movimiento fue Toribio Rodríguez de Mendoza, que ingresó al Convictorio como maestro el 20 de diciembre de 1771 para llegar a ser después su ilustre rector.

El propio Rodríguez de Mendoza, en un informe publicado en el "Mercurio Peruano" correspondiente al 17 de Noviembre de 1791, señala el sentido del cambio de ideas que se experimentaba. "En las antiguas edades —escribe— reinaba despótica la filosofía aristotélica: ella sola manejaba el trono y el centro de la razón; ¡que mucho se aplaudiese y siguiese como una ley religiosa, la máxima de jurar en las palabras del Estagirita! Nosotros mismos pensaríamos con nuestros antepasados, o a lo menos guardaríamos silencio, si no hubieran variado las circunstancias, o hubiéramos vivido en sus tiempos" (22).

---

(21) Id.
(22) Mercurio Peruano. Tomo III, Nº 91, 17 de Noviembre de 1791.

De acuerdo con estas ideas, Rodríguez de Mendoza introduce nuevos autores e implanta nuevos métodos. Los alumnos de San Carlos "cultivan una filosofía libre y se hallan dispensados de la obligación de adoptar sistema alguno", dice el referido informe; y, como lo recuerda Jorge Guillermo Leguía, fueron la duda metódica de Descartes y la Filosofía de Condillac, los principales medios para efectuar el cambio (23).

En el campo de las disciplinas jurídicas, la cultura se sustentó en las ideas de Heinecio, prescribiéndose como texto su "Derecho Natural y de Gentes" (24).

Gracias a las enseñanzas de Heinecio, se esfuman del ambiente intelectual peruano de fines del siglo XVIII, las doctrinas del origen divino y autocrático del derecho, como lo subraya el mismo Jorge Guillermo Leguía, y se conocen los sistemas de Locke, Rousseau y Pufendorf, que demuestran "que aquél no ha sido revelado por el Omnipotente, ni impuesto por un solo legislador" (25).

Tan revolucionarias enseñanzas tendrían que despertar en las autoridades coloniales eclesiásticas y civiles los más profundos temores, porque, como lo expresó un siglo después el eminente José Antonio Barrenechea "los alumnos del Convictorio, muchos de ellos después próceres de la Independencia, se alimentaban en secreto de esas sustancias que la Botánica legal de entonces declaraba venenosas" (26).

El arzobispo de Lima, Juan Domingo González de la Reguera, alarmado por los estudios de Derecho Na-

---

(23) Jorge Guillermo Leguía. El Precursor. F. y E. Rosay, Lima, 1922, pág. 43.
(24) José de la Riva Agüero. Historia del Perú. Librería Studium. Lima, 1953. Tomo I, pág. 471.
(25) Ob. cit., pág. 21.
(26) José Antonio Barrenechea. Su vida y su obra. Imprenta Torres Aguirre. Lima, pág. 441.

tural y del sistema newtoniano, obtuvo de las autoridades españolas la prohibición de tales matenos, lo que no obstó para que Rodríguez de Mendoza continuara en su indeclinable labor, mediante la enseñanza secreta.

Grande fue, de ese modo, la influencia del jusnaturalismo Heineciano. Ugarte del Pino recuerda que "El Elementa Juris natura et gentium" fue la obra de cabecera de hombres como Manuel Lorenzo Vidaurre, Francisco Javier Mariátegui, José Luis Gómez Sánchez y aún de Manuel Pérez de Tudela" (27).

El aislamiento de nuestro ambiente cultural y la trabajosa y tardía renovación del pensamiento, que se debe, en el fondo, a un espíritu imbuído por una consustancial resistencia a todo cambio, fueron causas determinantes del auge de las ideas de Heinecio hasta después del primer tercio del siglo XIX. Estuardo Núñez, en su estudio sobre "La influencia alemana en el derecho peruano" anota que se publicaron, durante el siglo XIX, en plena República, por lo menos dos ediciones de la citada obra de Heinecio. Una de ellas traducida al castellano por don Manuel de Tejada, catedrático de lenguas castellana y latina en la Universidad de San Simón, Colegio de Artes y Ciencias del Cuzco, imprenta del Gobierno por Tomás Gonzales Aragón año de 1826; y la obra, traducida del latín al castellano, con castigaciones y notas, por P. J. C. catedrático de Derecho en el Colegio de San Cristóbal de Ayacucho, año de 1832, imprenta de B. Cárdenas (28).

Cabe preguntarse por las causas de la influencia de Heinecio en el Perú, ya que no se trata de un pensador original, sino de un discípulo de Pufendorf, de escasa influencia en Europa, hasta tal punto que pocas

(27) Ob. cit., pág. 186.
(28) Imprenta Gil. Lima, 1937, pág. 9.

son las obras de Filosofía del Derecho y los libros filosóficos en general que lo mencionan, y que un ilustrado Rector de San Marcos lo confundiera con **Helvecio** (29).

Dicha influencia se debe, sin duda, al carácter de la filosofía de Heinecio, que significó un intento de conciliación entre el racionalismo jusnaturalista y los rezagos de la viejo escolástica.

El Derecho Natural está constituído, según Heinecio, por un conjunto de normas promulgadas por Dios al género humano por medio de la recta razón. Lo define como aquél "hábito práctico de conocer por la recta razón la voluntad del Supremo Hacedor y aplicarlo a los casos corrientes" (30).

Tal derecho o "jurisprudencia divina", tiene como único origen a Dios y jamás podrá existir "en la impía razón de que no existiese Dios, o nos faltase su providencia" (31), pero requiere de la actividad racional del hombre para llegar hacia él.

La referida tesis sitúa a Heinecio muy lejos de Grocio, quien proclamó que, el Derecho Natural, como dictamen de la razón, fundado en la esencia social del hombre, se daría aunque Dios no existiera (32).

Si la recta razón es inmutable, argumenta Heinecio, el Derecho Natural lo es también y, por tanto, y aquí sí vale la afirmación contra el poder divino, ya que ni Dios mismo podría variarlo ni exonerar a ningún hombre de sus prescripciones.

Los juristas españoles del siglo XVI, y entre ellos Suárez, siguiendo las enseñanzas de Santo Tomás, habían llegado a la distinción clara de las dos clases de preceptos del derecho natural, aquéllos que no va-

(29) Jorge Guillermo Leguía, ob. cit., pág. 46, nota (40).
(30) Heinecio. Derecho Natural. Ed. Imprenta B. Cárdenas. Ayacucho, 1832, pág. 6.
(31) Id., pág. 7.
(32) Grocio, ob. cit. Prol. Parte II.

rían, y otros que se transforman en razón de la materia social mudable y contingente a la cual se aplican. La importancia de esta distinción es inmensa. Gracias a ella las situaciones humanas contingentes pueden adaptarse a las normas fundamentales del orden jurídico.

Los deberes que impone el Derecho Natural son para Heinecio de dos clases: perfectos e imperfctos. Los primeros son exigibles por coacción, como no dañar a otro; los segundos carecen de tal exigibilidad, como dar a cada uno lo suyo (33).

Al lado del Derecho Natural que se refiere a los hombres tomados aisladamente o en particular, existe el Derecho de Gentes, que, según el autor, es aquel que norma a las sociedades tomadas en sí mismas o en relación con otras (34).

En su estado primitivo, los hombres fueron iguales y "como dentro de la igualdad no puede haber sujeción", fueron libres (35). En tal estado, reinó la guerra, que se hubiera podido evitar "si los hombres hubiesen querido guiarse por su razón" (36), y que perduró hasta el momento en que los seres humanos decidieron asociarse "no por la decantada miseria del estado natural sino en busca de mayor seguridad" (37), para rechazar la violencia de los malos.

El Estado es fruto de tres pactos sucesivos: el que resuelve la constitución de la sociedad civil; el que señala la forma de gobierno a que debe someterse la voluntad de todos; y, finalmente, aquél mediante el

---

(33) Heinecio, ob. cit., pág. 64.
(34) Heinecio, Derecho de Gentes, imp. cit., pág. 3.
(35) Id. Heinecio justifica la esclavitud legal, ob. cit., pág. 31 y siguientes.
(36) Id., pág. 4.
(37) Id., pág. 5.

cual se encarga el gobierno (el imperio) a una o más personas (38).

Los gobernantes —los imperantes en el lenguaje de Heinencio— "no deben ser juzgados sino por Dios" "aunque hablando generalmente debamos conceder que se puede resistir como a tiranos a aquellos que muestran contra el pueblo su ánimo hostil; pero en la práctica es inútil esta regla, pues los imperantes no reconocen otro juez que Dios, el cual sólo podría decidir si aquéllos tenían o no ánimo hostil contra el pueblo" (39).

Hacía casi dos siglos que los juristas españoles, después de largo debate, habían proclamado que corresponde al pueblo el derecho de rebelión. Suárez, Molina y, más claramente Azpilcueta, enseñaron que la comunidad es titular del poder político y que sólo delega su ejercicio en el gobernante, y que aquélla está facultada para recuperar dicho poder si quienes lo ejercen en su nombre no atienden al bien común que constituye su finalidad esencial.

Sin embargo, el aspecto positivo del legado ideológico de Heinencio, está constituído por su fe en la razón humana como medio para fundamentar el derecho, por su doctrina sobre origen del poder político que se transfiere del pueblo al imperante mediante sucesivos pactos, y por su creencia en una igualdad y en una libertad primitivas.

La influencia de Rousseau.

Entre los ideólogos de la emancipación no existió en el Perú ninguno que como tratadista hubiera expuesto en forma sistemática las tesis de "El Contrato

(38) Id., pág. 33 y siguientes.
(39) Ob. cit., pág. 42.

Social". Sin embargo, en nuestro país como en toda América, fue innegable la influencia de dicha obra (40).

"El Contrato Social", como han comprobado las investigaciones de Levene, no sólo se difundió, sino que alcanzó diversas ediciones en América Hispana donde lo conocieron los próceres Salas, Egaña, Henríquez y Rojas en Chile; Mariano Moreno y Castelli en Charcas; Belgrano y el Dean Funes de Buenos Aires; Nariño en Bogotá, entre otros. Como exactamente lo expresa el propio Mariano Moreno, en el prólogo de la impresión de esa obra, que data de 1810, y que está dedicada a la "instrucción de los americanos" "los pueblos aprendieron a buscar en el pacto social la raíz y el único origen de la obediencia, no reconociendo a sus jefes como emisarios de la Divinidad" (41).

El jesuita peruano Juan Pablo Viscardo y Guzmán, que escribió la "Carta a los españoles americanos", redactada en Bolonia, probablemente en 1791, originalmente en francés, y que lograra tan amplia difusión entre los precursores de la gesta emancipadora de América Hispana, denota claras influencias de Rousseau.

Viscardo, proclama que todos los hombres son titulares de "derechos naturales recibidos de nuestro Creador, derechos preciosos que no somos dueños de enajenar, y que no pueden sernos quitados sin injusticia, bajo cualquier pretexto que sea; ¿el hombre puede renunciar a su razón o ser ésta arrancada por fuerza?

---

(40) "En cuanto a la trascendencia de Rousseau ésta no se logró bajo la influencia de la concepción de la libertad individualista de la Revolución Francesa, pues las ideas políticas y jurídicas concretadas en actos de gobierno de la Revolución Hispano-Americana de 1810 son de carácter eminentemente social. Esa influencia se refiere en lo principal a la idea revolucionaria del contrato rousseauniano y al calor de esta idea fecundada se generaron otras acerca de la voluntad general y de la soberanía del pueblo". Ricardo Levene. El Mundo de las Ideas y la Revolución Americana de 1810". Editorial Jurídica de Chile, pág. 206.

(41) Levene, ob. cit., pág. 212.

La libertad personal no le pertenece menos esencialmente que la razón. El libre uso de estos derechos es la herencia inestimable que debemos dejar a la posteridad".

Los hombres, reconoce Viscardo, se unieron en sociedad en busca de bienestar y de seguridad. "La conservación de los derechos naturales, y sobre todo de la libertad y seguridad de las personas y haciendas, dice la Carta, es incontestablemente la piedra fundamental de la sociedad humana, de cualquier manera que esté combinada". De aquí deriva aquella obligación de la sociedad misma o del gobierno que la representa que consiste, no solamente en respetar, sino tambiién en "proteger los derechos de cada hombre" (42).

Del pacto celebrado entre los ciudadanos y el Estado, gracias al cual se ha originado la organización política, nacen derechos y obligaciones recíprocas que ninguna de las partes puede quebrantar válidamente sin violar el compromiso.

La ley fundamental de cada pueblo, afirma el autor de la "Carta" es su Constitución, como lo fue la de Castilla y Aragón, que mantuvo ese instituto de libertad que fue el Justicia que tenía como atribución expresar al rey que no debe olvidar "jamás el manantial de donde viene la soberanía", el pueblo.

La finalidad esencial de todo sistema de gobierno es el bien común. La ley debe apuntar hacia él y si no lo hace significa acto de tiranía; "exigir su observancia —en tal caso— es forzar a la esclavitud".

Así como los hombres, los pueblos, por Derecho

---

(42) La Carta dice que el gobierno de España "ha conseguido persuadir al vulgo que es un delito razonar sobre los asuntos que importan más a cada individuo y por consiguiente, que es una obligación continua la de extinguir la preciosa antorcha que nos dio el Creador para alumbrarnos y conducirnos".

Natural, son libres y son iguales. Sólo a nosotros, a los americanos, nos pertenece el derecho de administrar nuestros países. Nada justifica nuestra dependencia de España porque a las naciones les corresponde legítimamente su autodeterminación, y si bien la conquista fue un hecho histórico irrevocable, "el hijo está emancipado por derecho natural" del padre y "la distancia de los lugares, por sí misma, proclama nuestra independencia".

Como si sus palabras proyectaran ideas de otros jesuitas de la Escuela Española del siglo XVI (43), Viscardo reconoce la existencia de la comunidad de naciones formada por todos los hombres. España clausuró América, la hizo accesible sólo a sus nacionales y pervirtió de ese modo "el orden natural de la justicia". "Descubramos otra vez de nuevo la América, proclama Viscardo, para todos nuestros hermanos, los habitantes de este globo".

La influencia de las ideas de Rousseau se plasmó en documentos políticos. La Constitución de 1823 declara en su artículo 4º que "si la Nación no conserva y protege los derechos legítimos de todos los individuos que la componen, ataca el **pacto social**, así como se extrae de la salvaguardia de este pacto cualquiera que viole las leyes fundamentales".

Estas mismas teorías ya fueron declaradas por los parlamentarios de 1822 quienes señalaron que "los hombres han cedido una parte de sus derechos o comprometidos a la obediencia con el objeto de conservar

(43) "En cuanto a la extensión de la influencia de Suárez, recuérdese la afirmación de que el abate Viscardo no sólo no lo cita, sino que es mui posible que ni siquiera lo conociera y de que las discusiones suaristas sobre el origen del poder, no llegaron a entrar normalmente en los cursos filosóficos y teológicos que se leían en los colegios de la antigua Compañía, al modo que se disputaba con calor de escuela, sobre la esencia y la existencia, el probabilismo y la ciencia media", Levene, ob cit. págs. 209-210.

inmune la otra parte y de ser libres y sin zozobra", que "los pueblos no pueden recibir leyes sino de ellos mismos, ni ser regidos por otros poderes que libre y espontáneamente designaren", que "la ley es el resultado de la **voluntad general** y el gobierno el medio de reducirla a la práctica", que "por el gobierno popular representativo está el pueblo en continuo ejercicio de sus derechos, y que por él se frustran eficazmente las pretensiones exclusivas, los derechos particulares, los privilegios y todo cuanto puede fundar patrimonio en la dirección de la sociedad" (44).

(44) J. G. Leguía, ob. cit. pág. 104.

Capítulo IV

DECADENCIA DEL JUSNATURALISMO

"La historia de la noción de derecho natural, en lo que se refiere exclusivamente al hecho mismo, revela con toda claridad una cosa: a saber que el derecho natural forma parte del patrimonio imperecedero del espíritu humano".

"La historia nos enseña todavía otra cosa: cada vez que el escepticismo metafísico ha intentado suprimir el único fundamento posible del derecho natural, se ha visto aparecer el positivismo y, como consecuencia, el entronizamiento de las ideas voluntaristas. Además, el derecho natural se ha vaciado de contenido objetivo, bajo la influencia del racionalismo y de su fanatismo deductivo, sustraído el control del ser, llegando los absurdos de ese racionalismo a engendrar el escepticismo con respecto al derecho natural". Enrique Rommen: DERECHO NATURAL.

La influencia del krausismo.

El individualismo jurídico de la edad moderna culminó en el sistema de Kant. Para el filósofo de Koenisberg, la libertad es el atributo más elevado del homber, la raíz misma de su dignidad y la fuente de todos sus derechos. Pero al orden jurídico no le atañe la libertad interna sino la externa y la adopción de un sistema coactivo para lograr que sea respetada.

Hegel, por su parte, representa le exaltación del espíritu objetivo, una de cuyas manifestaciones es el drecho, que se encarna en el Estado al que denomina "universo ético" o "la realidad de la idea ética'.

El pensamiento de Karl Christian Friedrick Krause (1781-1832) de menor radio de influencia, salvo el caso excepcional de España, recogió la herencia de Kant y la de Hegel. Como los demás idealistas postkantianos, Krause toma como punto de partida la teoría del conocimiento. El conocimiento inicial es el de los "estados corporales", que son referidos a un "yo primario", que se percibe como finito y limitado, por cuya razón debe sustentarse en una esencia original —Ser absoluto— de la que derivan la naturaleza y el espíritu. Esto significa, contrariamente al camino que siguió Kant, que en la razón pura pueden cimentarse las grandes verdades metafísicas.

El Ser Absoluto, según Krause, es objeto de una Ciencia Fundamental y de él se desciende deductivamente, a través de la materia y el espíritu, hasta el yo. Las ciencias particulares tratan de este proceso, llamado de las "esencialidades" de Dios. El cuadro de estas ciencias está formado por la Mátesis (magnitud), la Lógica, La Estética y la Etica (que abarca el Derecho) que no es disciplina de normas, sino que tiene por objeto "fijar y estudiar la medida en que el supremo

bien —concebido también como atributo de Dios— se actualiza en el ser humano" (1).

Esta filosofía no es panteista sino "panenteista" (todo en Dios) según su propio autor, y concibe la historia como el desenvolvimiento de la idea de Dios hasta lograr el retorno gradual del hombre hacia la unidad de aquél, que significa su suprema aspiración.

Heinrich Ahrens (1808-1874), discípulo de Krause, elaboró un pensamiento jurídico que tuvo particular fortuna en España y en Hispanoamérica (2).

La Filosofía del Derecho o Derecho Natural es, según Ahrens, "la ciencia que expone los principios cardinales del derecho, concebidos por la razón y fundados en la naturaleza del hombre, considerada en sí misma y en sus relaciones con el orden universal de las cosas" (3).

El principio supremo del derecho debe deducirse de la naturaleza del hombre según Ahrens, para ser adaptado a las condiciones de la vida humana (4) y el derecho es precisamente ese "conjunto de condiciones dependientes de la voluntad y necsarias para la realiza-

---

(1) José López Morillas. El Krausismo Español. Fondo de Cultura Económica. Pág. 37.

(2) Ahrens ejerció la docencia privada en Alemania en 1830. Obligado por sus ideas liberales a emigrar a París, Guizot le encomendó un curso de Filosofía. Profesor universitario en Bruselas desde 1834 a 1850, pasó a Graetz ese año hasta 1860, y de allí a Leipzig en 1863. Publicó un Curso de Psicología (1836-38) "Cours de Droit Naturel, ou de Phi du Droit, fait d'aprés le état actuel de cette science en Allemagne (Bruselas 1839), traducido al castellano por D. Ruberto Navarro Zamorano en 1841, fue reimpreso muchas veces; Doctrina Orgánica del Estado (1852), Enciclopedia Jurídica (1855) traducida por Francisco Giner, Gumersindo Ascárate y Augusto G. de Linares en 1878.

(3) E. Ahrens. Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho. Trad. de Pedro Rodríguez Hortelano y Mariano Nicanor de Asensi. Ed. Carlos Bailly-Baillieri. Madrid, 1878, pág. 1.

(4) Id. pág. 119.

ción de todos los bienes individuales y comunes que forman el destino del hombre y de la sociedad" (5).

Ahrens hace hincapié en el valor de la "condición" como elemento constitutivo del derecho. Kant descubrió esa idea, pero fue Krause quien le dio su significación completa dentro del ámbito en que se desenvuelve todo el mundo moral y social; como principio orgánico regulador de la vida en comunidad, que "encierra todos los elementos esenciales del derecho" (6).

El derecho llamado a regular "las relaciones recíprocas condicionales entre todas las esferas de la vida" ejerce tres funciones: garantiza la autonomía de la persona (individual o colectiva), la coexistencia y la ayuda o asistencia (7).

En cuanto a su esencia misma, según Ahrens, pertenece al mundo del hombre —cuya naturaleza no es absolutamente perfecta puesto que es finita, ni radicalmente mala, dado que está unida al principio divino— es un mandamiento "de elevación y de perfeccionamiento, un principio universal que resulta del orden y del plan divino del mundo, en el que todos los seres libres y finitos son llamados a realizar, por su actividad voluntaria, las condiciones necesarias para remontarse a grados siempre más altos de cultura intelectual y social" (8).

La base común del derecho y de la moral está constituída por el bien objetivo. El bien, dice Ahrens, es el principio universal para todas las acciones humanas, cualquiera que sea el orden a que pertenezcan. Corresponden a la moral "todas las acciones, en cuanto tienen un valor en sí mismas, en cuanto su mérito y su demé-

---

(5) Id.
(6) Ob. cit. pág. 111.
(7) Id. pág. 116.
(8) Id. pág. 120.

rito debe ser apreciado por la conciencia, y su principal carácter reside en la intención y en el motivo puro y desinteresado que aconsejan su cumplimiento" (9). En cambio "al orden jurídico, por el contrario, pertenecen todas las acciones en cuanto son una **condición** de existencia y de progreso para la vida humana, y su realización debe ser independiente de la buena o mala intención. Su valor es relativo y apreciable en **sus efectos** por el individuo o por la autoridad social" (10).

Cuando el bien se realiza, según Ahrens, de acuerdo con su maestro Krause, en consonancia con la voluntad ética del hombre, corresponde a la moral; cuando se trata de condiciones sociales para que pueda desenvolverse el destino humano, de conformidad con el plan divino, se trata del derecho.

El Estado nace de la sociabilidad humana y su progreso orgánico puede realizarse mediante un contrato, pero no como **contrato social** "imaginado por las escuelas, partiendo de una ficción del estado de naturaleza, para reconstruir de nuevo todo el orden social" (11) sino un **contrato político** que no es más que un sello jurídico que se imprime sobre las relaciones constituídas de antemano.

De aquí, en opinión de Ahrens, el doble error de Rousseau, que, por un lado, concibe el contrato social como un conjunto de principios abstractos, desprendidos de las costumbres y de la cultura precedente de un pueblo, con los que se pretende construir el Estado; y, por otro, confunde lo que es un simple modo o forma de dar nacimiento a una sociedad, con su razón de ser. El contrato roussoniano nace de la voluntad pero "la voluntad, que no es más que un poder subjetivo de ejecución, se toma entonces como la razón objetiva del de-

(9) Id. pág. 130.
(10) Id.
(11) Id. pág. 516.

recho y de las leyes; y, como un contrato no liga más que a aquellos que lo han formado, y no puede ser ley para las generaciones siguientes, de aquí se sigue que el Estado, en toda su constitución y sus leyes, está sin cesar puesto en cuestión, que no se admite nada de estable, ni derechos, adquiridos (jua quaesita jura singulorum) ni intereses asegurados, que no hay protección de las minorías contra las mayorías" (12). El contrato político, sí encierra una verdad esencial: la cooperación permanente entre los ciudadanos y el Estado.

La soberanía, aquél "poder que decide en su dominio en última instancia, sin estar sometido bajo este aspecto a una autoridad superior", es según Ahrens, de dos clases: soberanía de la nación y soberanía del pueblo. La nación es el pueblo "en su unidad y en su organización interior", mientras el pueblo es "la nación en la masa de individuos", "la una es concepción orgánica, la otra una concepción atomística del mismo" (13).

La nación y el pueblo ejercen dos modos de soberanía: la primera por la acción regular de sus poderes constituídos decide los negocios concernientes a la nación entera; éste, como "masa, número, obra —no por los órganos constituídos— sino como una especie de fuerza física— y hace valer una voluntad, que en lugar de someterse a principios objetivos de la verdad y de la justicia, se considera como el origen de todo lo que es verdadero y justo" (14).

La soberanía del pueblo ejercida por "puras aglomeraciones cuantitativas" ha redundado rara vez en bien suyo, por causas debidas a la ignorancia, por obediencia fácil o por el influjo de pasiones momentáneas. (15).

---

(12) Id.
(13) Ob. cit. pág. 552.
(14) Id.
(15) Id.

El Estado no debe concebirse ni como una entidad abstracta ni como un ser eventual y precario. Es un organismo dotado de un fuerte poder de dirección que imprime sentido y unifica la acción de los diversos elementos que lo constituyen.

Ahrens resumió de este modo el punto de vista de la doctrina "Etico-Orgánica", elaborada bajo la influencia de Krause, sobre el Estado: "es una institución divina y al mismo tiempo una misión y un problema para la libertad humana; no es una creación arbitraria, sino un producto de leyes, en parte necesarias y en parte libres, de todo el progreso histórico de un pueblo; no es el hecho de una generación, sino que forma y debe mantener el lazo entre todas las generaciones, conservar todo el capital de cultura adquirido en el pasado para hacerlo fructífero y trasmitirlo a las generaciones venideras; es a la vez un poder de conservación y de progreso, reformando la vida política según las ideas que han madurado por la discusión, y teniendo en cuenta las costumbres en las que mejor se expresa la continuidad histórica" (16).

El krausismo que tuvo en España especial resonancia, no fue en dicho país mera actitud filosófica, sino mucho más. Desde "un punto de vista más anchuroso" fue " un movimiento general de renovación espiritual en todos los campos de la cultura", "poderoso agente educador', 'impulsor del pensamiento hacia perspectivas mentales cada vez más vastas y ricas, como lo expresa Recasens Siches, y en este sentido debe ser apreciado, positivamente, como el suceso de mayor calibre que se desarrolló en el seno espiritual de la España del siglo XIX" (17).

---

(16) Ob. cit. pág. 557.
(17) Del Vechio-Recasens Siches, Filosofía del Derecho por Giorgio Del Vechio con extensas adiciones por Luis Recasens Sichez. Bosch. Barcelona, 1935. Tomo I. Pág. 354.

El krausismo español se originó del contacto de don Julián Sanz del Río, por el año 1843, con la filosofía de Krause y de Ahrens en un viaje de estudios a Alemania, y posteriormente llegó a extenderse a la península gracias a la notable influencia que ejerció dicho pensador sobre numerosos discípulos y seguidores, que vivieron y difundieron la nueva mística. Pertenecieron a dicho movimiento, entre los más destacados, Francisco Giner de los Ríos, Federico de Castro, Clemente Fernández Elías, Leopoldo Alas, Gumersindo de Azcárate entre otros.

Quien ha explicado mejor el por qué del éxito de este fenómeno cultural ha sido el propio Sanz del Río. En una carta dirigida a don José de Revilla, decía: 'Precisamente, una de las perfecciones de la doctrina de Krause es que puede acomodarse perfectamente a los diversos grados de la cultura del espíritu humano; y yo considero ya hoy mismo..... qué parte enseñaré, y cómo la enseñaré en mi país, de suerte que se avive natural y gradualmente entre nosotros la vida del espíritu y el amor a la verdad" (18).

La filosofía jurídica de Bartolomé Herrera

Al referirse a la universidad en la primera etapa de la República, el doctor Juan Bautista de Lavalle, afirma que tardó en renovarse por diversas razones y, entre ellas porque "no se había calmado aún la agitación de los espíritus, había penuria fiscal y no abundaban maestros preparados" (19). Pese a algunos esfuerzos aislados, la enseñanza continuaba anticuada, memorística y libresca, y en el campo de la filosofía predominaban las viejas doctrinas, debido a la inercia y al

(18) López Morillas, ob. cit. pág. 59.
(19) Juan Bautista de Lavalle. La Crisis Contemporánea de la Filosofía del Derecho. Oficina Tipográfica "La Opinión Nacional", Lima, 1911, pág. 248.

desconocimiento de las nuevas, muchas de las cuales eran presentadas a través de esquemas y referencias simplistas y generales.

El Convictorio de San Carlos, que floreció con Rodríguez de Mendoza, sufría la misma decadencia. Para remediar esa situación, la importancia y el prestigio de ese establecimiento, el gobierno de 1842 consideró seriamente la necesidad de reorganizarlo. La tarea fue encomendada a Bartolomé Herrera, que fue elegido Vicé-Rector.

Desde ese momento comienza el auge de ese Instituto y la notable influencia del pensador y del maestro. "Los viejos autores fueron reemplazados por otros en los textos y en las lecciones. El sensualismo de Condillac abrió paso al eclecticismo de Cousin y a la metafísica de lo absoluto influenciada por Krause, el jusnaturalismo de Heinecio fue reemplazado por la Filosofía del Derecho de Ahrens y por el tratado del Comendador Silvestre Pinheiro Ferreyra sobre "Derecho Público Interno y Externo", que el mismo Herrera tradujo y comentó, porque Pinheiro había abandonado los errores de la Escuela Histórica uniéndose a la corriente idealista; nuevas teorías sobre el Derecho Correccional como se llamaba al Derecho Penal en esa época y el Derecho Constitucional, vinieron a reemplazar a las antiguas" (20).

Frente al pensamiento anterior, Herrera representa una actitud renovadora en la inspiración y en el método. Su posición significa no sólo el "rechazo de la filosofía del siglo pasado" —del XVIII— que "llevaba el germen del materialismo, que se desarrollo después que cundiendo en los pueblos, hizo vacilar las creencias más bien fundadas", sino también una pugna vigorosa

(20) Mario Alzamora Valdez. "El pensamiento de Bartolomé Herrera". Mercurio Peruano, año XXV, vol. XXXI, Nº 279, junio de 1950, Lima, pág. 213.

contra "estos tristes restos de la filosofía de Aristóteles" que se preocupaba más que por las ideas, por el manejo formal del silogismo, esto es, por disputar antes que por pensar, que dominó durante las "tinieblas de la escolástica" (21).

Aparte de las influencias mencionadas, Herrera se declaró partidario de las tesis de Royer Collard "patriarca de la nueva filosofía y defensor constante de la libertad", de su discípulo Coussin, fundador del eclecticismo, de Guizot, Jouffroy, Damiron, entre otros pensadores de su tiempo (22).

El método, no fue para el Rector de San Carlos, la disputa verbal ni la imposición de "verdades" por la autoridad, sino el ejercicio de la razón, imperativo auténtico de la filosofía "espiritualista o racional" como la mejor aliada de la fe (23).

Según las enseñanzas de Herrera la Providencia de Dios marca el camino de la historia y el rumbo de los pueblos. "La débil vista del hombre no percibe el gobierno de Dios sobre el mundo, sino por los hechos que salen del tamaño común y que están más cerca de su alcance" (24). Así el imperio de los Incas, dice el maestro de San Carlos, fue creado por Dios para reunir y preparar a estos pueblos para recibir el evangelio, igualmente por el mismo designio a este país "sediento de verdad divina", vino el catolicismo a través de la conquista española; y la proclamación de la independencia también fue "la obra divina de la formación del nuevo estado" (25).

El universo se rige por un a"ley suprema que todo lo gobierna" (26) constituída por principios absolutos

(21) Bartolomé Herrera. Escritos y discursos. Biblioteca de la República F. y E. Rosay. Lima, 1929, Tomo I, pág. 48.
(22) Id. pág 95.
(23) Id. pág. 96.
(24) Id. pág. 73.
(25) Id. pág. 79.
(26) Id. pág. 68.

que reflejan la inteligencia de Dios. Tal es la ley divina.

Esa ley es la misma ley natural, que la razón descubre trabajosamente por sí sola o "de un modo más completo y seguro por la revelación cristiana" (27) y que debe obedecer.

La ley natural, tiene su origen inmediato en la naturaleza, pero "si queremos buscarlo en alguna voluntad, no podemos descansar en otra, que en la adorable voluntad de Dios, creador de la naturaleza" (28).

La ley positiva no es sino una declaración de la ley natural que señala lo que ella dispone, y fija la pena que corresponde a los infractores, tarea que pertenece al legislador (29).

Dios ha establecido el orden objetivo del mundo, gobernando por los preceptos de la ley divina que, en tanto que se realiza en las cosas, es la ley natural, que la autoridad competente expresa y traduce en normas imperativas.

Por la ley natural el hombre está destinado a vivir en sociedad. Existe en él una inclinación innata y tan imperiosa a convivir con sus semejantes, que sin ella "hasta los goces de la vida son insípidos" (nullius boni sine socio jecunda possesio" (Séneca, epist. 6)" (30). Facultades humanas a ejemplo de la imitación y el lenguaje —como adujeron antes Aristóteles y Santo Tomás— y ese conjunto de aparatos y medios de que está dotado el ser humano, que sólo pueden ejercerse y desarrollarse en el seno de la socidad, demuestran que está destinado a ella. "Esta ley se halla en su naturaleza y es el origen de la sociedad" (31).

---

(27) Ob. cit. pág. 18.
(28) Ob. cit. Tomo II, pág. 19.
(29) Ob. cit. Tomo II, pág. 31.
(30) Id. pág. 33.
(31) Id. pág. 18.

El hombre ha nacido en el seno de la familia; las familias se han multiplicado y se han establecido en diversas regiones del globo, conservando cada grupo su propia independencia que "según esto, tiene también su origen en la naturaleza" (32). Pero ninguno de estos núcleos humanos podría subsistir sin autoridad que asegurase la vida social, haciendo respetar los derechos de los hombres y de los grupos. Para "que existan naciones y cumplan su destino —escribe Herrera— es necesario que las voluntades particulares sean dirigidas; que se les prescriba lo que han de hacer y han de omitir conforme a la ley natural; y que se haga cumplir estas prescripciones. Todo esto es mandar; con lo que, el que las naciones sean mandadas en que se halla con los demás, es una relación de derecho" (33).

Tal es el origen de la autoridad. De allí se desprende que son falsas las dos teorías extremas: aquella que afirma que "la autoridad viene de Dios "en forma directa y en favor de una persona o de un grupo; porque echa por tierra el consentimiento del pueblo" y la que sostiene que la autoridad "se constituye" por ese consentimiento (34), "que es invención suya; que podría desobedecerla y destruirla cuando le plugiese, que su voluntad era su ley" (35).

Las relaciones humanas dentro de la sociedad se rigen por el derecho. Dios es el origen de todos los derechos y es él quien los sanciona. Las normas del derecho son diversas como diversas son las relaciones humanas que regulan; así las que se refieren a las relaciones particulares forman parte del derecho civil, y el que se atañe a la Nación, constituída en forma de Estado, y a la autoridad que lo gobierna, constituyen el derecho público (36).

---

(32) Id.
(33) Id. pág. 19.
(34) Ob. cit. Tomo I, pág. 20.
(35) Id. pág. 81.
(36) Ob. cit. Tomo II, pág. 7.

La sociedad significa un equilibrio entre los derechos del súbdito y los que corresponden a la autoridad, regulado por Dios. El hombre es persona "ser racional, dueño de sí mismo" y como tal tiene un derecho "que es el fundamento de todos los derechos o más bien es el único derecho" el derecho de personalidad (37).

Del derecho de personalidad derivan el de libertad y el de propiedad, porque la persona requiere dominio sobre el ejercicio de sus facultades, y sobre los medios materiales que requiere su subexistencia.

El poder de obedecer la ley y la capacidad de sucumbir a la fuerza de las pasiones, que es principio de todos los actos que el hombre puede llamar propios, es la libertad en general (38). Desde el punto de vista jurídico la libertad es el derecho que tenemos de no ser dominados por ninguna voluntad ni por ninguna suma de voluntades (39). Para el cristiano la libertad es el sometimiento a la ley de Dios, el reinado de su razón perfectísima sobre las almas, en vez de las pasiones; por eso, somos libres obedeciendo a la autoridad legítima, porque ella viene de Dios (40).

La igualdad, que según Herrera, en su sentido ordinario es una injusticia, en el legítimo, no es derecho "sino atributo común a todos los derechos" (41).

Del mismo modo que el hombre es titular de derecho, lo es también en la sociedad, la autoridad. El derecho de la autoridad, su potestad de mandar, es lo que se denomina soberanía.

Gran parte de la obra de Herrera, está destinada a dilucidar el problema de la esencia de la soberanía,

---

(37) Id. pág. 9.
(38) Ob. cit. Tomo I, pág. 99.
(39) Id. pág. 88.
(40) Id. pág. 102.
(41) Tomo II, pág. 9.

de su origen, de la legitimidad de su ejercicio y de su titularidad.

La soberanía es "un derecho", pues, "sin derecho en el que manda no puede haber obligación de obedecerle" (42), y no es otra cosa que el derecho, puesto que no puede ser la fuerza, porque la fuerza oprime y no manda; ni la inteligencia o el juicio porque tales facultades sólo nos hacen percibir las obligaciones pero no las crean; ni la voluntad porque esta potencia quiere que se cumplan los mandatos pero no los produce. La soberanía puede definirse, en consecuencia, como "el derecho de mandar en una Nación" (43). Este derecho en sí es absoluto; la soberanía humana deriva de él y él la limita" (44).

La soberanía tiene su razón de ser en la necesidad de asegurar el cumplimiento de la ley natural; obliga no sólo porque manda sino porque manda la obediencia a tal ley, de donde se desprende que puede imperar legítima o ilegítimamente, en tanto que la acata o la trasgrede.

La soberanía reviste dos formas: internacional que significa lo mismo que independencia; e interna, que es el derecho que corresponde al pueblo de ser regido por una autoridad sólo con su consentimiento (45).

¿Cuál es el origen de la soberanía? Herrera recuerda que dos teorías extremas debaten este arduo problema. La doctrina del derecho divino de los reyes y la de la soberanía popular.

La soberanía absoluta es la soberanía del derecho; la relativa corresponde a las autoridades que gobier-

(42) Tomo I, pág. 98.
(43) Tomo II, pág. 16.
(44) Tomo II, pág. 20.
(45) Tomo I, pág. 96.

nan en su nombre. Aquélla y ésta tienen origen en Dios, que es la fuente de todo derecho.

Así como la tesis del derecho divino de los reyes es también absurda, según Herrera, la teoría de la soberanía popular. El Rector de San Carlos impugna dicha tesis con diversos argumentos. Sostiene que ningún hombre puede tener autoridad sobre sí mismo porque esto significaría que puede dividirse en dos: uno que manda y otro que obedece dentro de la misma persona; y porque, además, sería absurdo que el propio sujeto atara su libertad con la ley (46). Por las mismas razones, el pueblo no podría ser el soberano "porque la adición no puede comunicar a la suma naturaleza contraria a la de los sumandos" (47).

En base a tales conclusiones, Herrera refuta la doctrina roussoniana del contrato social, elaborada "para vergüenza del entendimiento humano" (48). Los principales argumentos que dirige contra esa teoría son los siguientes: los derechos humanos no pueden ser objeto de renuncia porque constituyen preceptos sagrados de Dios que marcan la esencia y señalan el destino del hombre; por otro lado, no es exacto afirmar tampoco que la voluntad crea las obligaciones, porque su papel es mucho más modesto: se limita a acatar los mandatos de la ley; y finalmente, el pacto social no puede ser fuente de ningún derecho, porque los derechos son previos a los pactos y, por tanto, no se originan en ellos (49).

Pero ¿quién es el legítimo soberano? ¿A quién corresponde gobernar? "Tiene ese derecho y es legítimo soberano —responde Herrera— el que gobierna actualmente conforme a los principios reconocidos de justicia

---

(46) Id. pág. 99.
(47) Id.
(48) Id.
(49) Tomo oII, pág. 46.

que nacen del destino común de las sociedades y del particular de la nación" (50). Para salvar la objeción que podría dirigirse contra esta tesis de la legitimación por el simple ejercicio del poder, el Rector de San Carlos insiste, que la soberanía corresponde a quien la desempeña "habitualmente" obedeciendo a los principios de la justicia.

¿Cuál es el papel que compete al pueblo? El pueblo no es el titular del derecho de soberanía y, si carece de esta calidad, no puede delegarla. Su función es mucho más modesta: se limita a prestar su consentimiento para que el soberano pueda ejercer el derecho.

Sigamos el razonamiento de Herrera: si la soberanía es el derecho de mandar, tal derecho supone que haya quien obedezca, de lo que se desprende: que el sometimiento, la obediencia del pueblo, es condición necesaria para que la soberanía pueda ejercitarse (51). Dicho consentimiento no constituye "delegación", porque delegar es transferir lo que se posee, y el pueblo no es poseedor del derecho, la obediencia que presta es mera condición para su ejercicio (52).

La titularidad de la soberanía, vale decir la aptitud para mandar corresponde al soberano y se denomina "derecho a la soberanía" mientras que "el derecho de soberanía" supone la capacidad de ejercerla actualmente que deja de darse cuando el pueblo no presta su aquiescencia.

El gobierno de las sociedades supone el ejercicio de tareas difíciles y complicadas, que no pueden ser desempeñadas por todos sus integrantes, sino por unos pocos, por aquéllos que son capaces. De aquí desprende

---

(50) Id. pág. 26.
(51) Tomo I, pág. 178. Un mandato sin que haya quien obedezca es absurdo.
(52) Tomo II, pág. 29.

Herrera, que quien tiene capacidad para hacer algo tiene el derecho de hacerlo. Por tanto el derecho de dictar leyes —como los demás inherentes al gobierno— corresponden, por eso, a los más inteligentes, a la aristocracia del saber, creada por la naturaleza (53).

Tal es la doctrina de la "soberanía de la inteligencia". Aquéllos que reúnen talento y moralidad son los llamados a mandar para que el ejercicio de este derecho, del derecho de mandar, sea instrumento benéfico y civilizador (54).

Aunque repugne a las teorías del siglo XVIII, reitera el maestro de San Carlos, es indudable que unos hombres han nacido para mandar y otros para obedecer y quienes deben gobernar son aquéllos que "a una razón elevada, firme y de vastas miras, reúnan uno de esos enérgicos corazones que arden de amor a la Patria y a lo justo"; ellos deben dirigir a los demás, a ellos corresponde en propiedad "el derecho a la soberanía" (55). Toca al pueblo solo el "derecho de soberanía" esto es, consentir para ser mandado.

Sólo de ese modo con el gobierno de los más aptos puede realizarse el fin esencia lde todo gobierno: el orden y la justicia. "La autoridad sólo existe por la necesidad que sea garantizado el derecho: éste es su título. Sólo existe para garantizarlo: éste es su fin. Por eso sólo obliga cuando lo que manda es conforme a la ley y al derecho natural" (56).

Los gobernantes que se apartan de ese camino, aquéllos que no obedecen a la ley, los que buscan su propio provecho en vez del bien de la comunidad, como lo enseñaron Aristóteles y Santo Tomás, son los tiranos.

---

(53) Tomo I, pág. 131.
(54) Id. pág. 233.
(55) Tomo II, pág. 26.
(56) Id. pág. 63.

En las circunstancias de tiempo y de lugar en que le tocó vivir —la naciente República convulsionada que fue el Perú de la primera mitad de la centuria anterior— Herrera plantea el problema del ejercicio legítimo de la resistencia contra el tirano.

Comentando este aspecto de la filosofía herreriana hace notar Agustín de Asís, que "el consentimiento del pueblo se refiere sólo y exclusivamente a reconocer su capacidad o dar su asentimiento al soberano para que ejerza la soberanía conforme a los principios inmutables del derecho natural. Tan pronto como se aparte de esta regla, el mismo pueblo, en uso legítimo de su libertad, no solamente puede deponerle o resistirle, sino que en muchos casos debe hacerlo" (57).

De aquí que el propio Herrera señalase que tenemos el deber de no obedecer al tirano, no por capricho personal, sino por respeto al orden establecido por Dios, que aquél viola (58).

¿Cuáles son los límites de la resistencia? La resistencia asume dos formas: pasiva y activa. La primera puede llevarse hasta el extremo de "sufrir la muerte" (59). En cuanto a la segunda, es empresa sumamente difícil señalar los casos en que una revolución sea lícita, de allí que frente a ella el imperativo del buen ciudadano sea trabajar con todas las fuerzas porque termine, lo más breve posible, el desorden social que la hubiera originado (60).

Dada su naturaleza, por ser un derecho, la soberanía es inalienable. De aquí se desprende que las naciones no pueden renunciar a su independencia, esto es,

---

(57) Bartolomé Herrera, Pensador Político, Publicación de la Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla. Sevilla, 1954, pág. 106.
(58) Herrera, ob. cit. Tomo II, pág. 63.
(59) Id. pág. 64.
(60) Id.

al derecho de ser gobernadas por un soberano propio, ni el soberano puede ceder o traspasar a otra persona la soberanía. Claro está, acota Herrera, que "si el concesionario es capaz de ejercer la soberanía y logra establecer su autoridad, será legítimo soberano; mas su título no estará fundado en la cesión, sino en el título común a los soberanos" (61).

Análogamente, la soberanía es una "porque su fin es uno, y que si se dividiera ella en fracciones que obraran de un modo discordante y sin vínculo que conservara la unidad, no habría soberanía, ni se alcanzaría el fin de ésta" (62).

La soberanía se manifiesta a través de tres modos que se denominan formas de gobierno: democracia, aristocracia y monarquía, pero "sólo la monarquía es posible, porque en las otras dos no hay unidad en la soberanía, no hay gobierno, prescindiendo del absurdo de la primera, que supone que el pueblo mande y obedezca al mismo tiempo. En este sentido todos los estados son monarquías; porque en todos es uno solo el jefe supremo" (63).

Tal es el pensamiento jurídico de este tratadista del siglo XIX, último representante del jusnaturalismo teológico en cuanto al contenido de sus doctrinas, remozado con un racionalismo metódico.

Los discípulos que siguieron las ideas del Rector del Convictorio, formaron la Escuela llamada de "los carolinos", al par que otros, los liberales, los combatían —especialmente en cuanto al origen de la soberanía y a la soberanía de la inteligencia— en un debate que fue esencialmente político.

San Carlos continuó, pese a todo, fiel a las ense-

(61) Pág. 32.
(62) Pág. 31.
(63) Pág. 33.

ñanzas del maestro. En el programa de las asignaturas cursadas en 1863, figura la de Derecho Natural, regentada por el doctor Luciano B. Cisneros, que comprendía como temas de estudio: principios generales del Derecho Natural; derechos absolutos (derechos de personalidad, derecho de libertad y derecho de propiedad) y derechos relativos (igualdad, contratos, sociedad, derechos de familia). El citado programa, en su proposición segunda, al analizar los diversos sistemas, sustenta como tesis que "la naturaleza humana es el verdadero principio del derecho" y no la voluntad, "por cuya razón son falsas las teorías de Hobbes y Rousseau, como lo son la escuela histórica, la sentimental y la utilitaria". En el mismo programa se condena la esclavitud como "horrible injusticia" y se sostiene que el Estado "no tiene derecho para organizar la propiedad pero sí para modificarla", y que la división de la igualdad en material y formal, no está admitida por el Derecho Natural. (64).

La escuela de Silva Santisteban

Bajo diversa inspiración de la que animara a la Escuela de San Carlos, y en actitud polémica frente a ésta en las tesis principales, en la mitad del siglo XIX, las enseñanzas de José Silva Santisteban constituyeron el núcleo ideológico de una verdadera escuela.

Silva Santisteban, jurista y maestro, afiliado al racionalismo, enseñó que la razón por sus propios caminos, es capaz de descubrir los fundamentos del derecho que se hallan "en la naturaleza íntegra y completa del hombre y de la sociedad" (65).

(64) Univxersidad de San Marcos. Programa de las materias cursadas en este año escolar en el Colegio de San Carlos, siendo Rector el señor Dr. D. Juan Gualberto Valdivia. Lima, imprenta del Colegio, 1864. Págs. 143 a 146. El programa de 1862 es igual y corre en las págs. 89-92.

(65) José Silva Santisteban. Derecho Natural o Filosofía del Derecho. Librería Gontier y Bailly. Lima, 1858, pág. 32.

Gracias al análisis de la vida humana en sociedad, comprobamos que el hombre, para realizar sus fines, requiere de medios, muchos de los cuales se hallan en poder de otros hombres quienes tienen la obligación de suministrarlos a sus semejantes "porque los destinos de todos deben enlazarse en el destino general del mundo" (66).

Por otra parte, si dirigimos la mirada hacia nuestra conciencia, encontramos también la idea de algo que necesitamos, que nos es debido por cualquier motivo y que, por tal razón, es exigible coactivamente. Ese algo es el derecho (67).

De lo expuesto se desprende, que el derecho está constituído por medios sujetos a la voluntad del hombre y que debe ser objeto de "prestaciones recíprocas" necesarias para la realización de sus fines racionales, dentro de la sociedad (68).

La justicia tiene el sentido de principio regulador de las relaciones humanas por cuya razón se identifica con el derecho (69). De aquí deriva, según Silva Santisteban, el error de la Escuela Carolina, que define la justicia —de acuerdo con Santo Tomás— como la "conformidad de nuestras acciones con el derecho", porque tal noción no puede corresponder a la justicia en esencia y porque, además, las leyes no son actos humanos, y, por tanto, no pueden calificarse de justas ni injustas (70).

El procedimiento analítico, que ha conducido al autor hasta la noción de derecho, debe ser, según expone Silva Santisteban, corroborado por la síntesis.

El examen de la naturaleza revela la existencia de

(66) Ob. cit. pág. 40.
(67) Id. pág. 39.
(68) Id. pág. 41.
(69) Id.
(70) Id.

dos órdenes de objetos —ambos contingentes y limitados, recíprocamente encadenados, y sujetos a leyes— que son la materia y el espíritu. Tales objetos nos conducen a admitir que existe un ser "único, absoluto e independiente, inmenso y eterno" que es Dios, que constituye su causa y razón de existir.

Dios, prosigue el autor, "suministra diariamente al hombre los auxilios o medios para marchar a su destino. En esa acción providencial y reguladora, que el hombre de corazón se esfuerza por imitar en la tierra para ser una imagen viviente de la providencia, consiste la justicia divina" (71).

Por las dos vías, por un análisis racional y por una síntesis iluminada por la fe —que trasunta rezagos de la escolástica— llega Silva Santisteban a la noción de derecho.

Si es verdad que el derecho y la moral derivan de una fuente común, cual es el fin universal que está llamado a realizar el hombre de un modo activo y libre, existen diferencias que separan las normas de una y otra clase.

La moral abraza todas las acciones del hombre —internas y externas, digan relación al individuo mismo, a sus semejantes y a Dios— consideradas en su totalidad (en sí mismas, en la intención, en el fin, en los medios y en las circunstancias de su realización) y sometidas a un solo principio. El derecho no considera las acciones del hombre "sino bajo su aspecto de condición o medio necesario para que los demás alcancen su fin racional: no se refiere, pues, a todas las acciones, sino solamente a algunas, y aún a éstas no las considera en sí mismas, ni en la conciencia, como imprescindiblemente lo ha hecho la moral, sino tan sólo en su relación condicional con un fin humano" (72).

(71) Ob. cit. pág. 43.
(72) Ob. cit. pág. 45.

En este punto critica también Silva Santisteban a la Escuela de San Carlos, que confunde la moral y el derecho, y llama a este último "parte de la ley moral o lo que es lo mismo "la ley moral considerada de cierto modo", porque la ley moral es absoluta y única y, por tanto, no tiene partes ni puede ser vista a través de aspectos o modos. La critica, asimismo, porque deduce la obligatoriedad del derecho, de su moralidad. El fundamento de la obligación moral es el mismo que el de la jurídica "un mismo y único principio, su conformidad con la naturaleza y el fin que debe realizar el hombre" (73).

La ley jurídica, es una forma de la ley en general, que cuando es genuina, es justa y verdadera. Esta ley contiene dos elementos: la costumbre, y la razón que la formula y perfecciona. La costumbre por sí sola no es la ley, como tampoco lo son los puros principios. Pero, en concesión a la Escuela Histórica, de la obra de Silva Santisteban no resulta claro el papel que desempeña la razón en la génesis del derecho (74).

Como la Escuela Carolina, Silva Santisteban eleva el derecho de personalidad —que corresponde al hombre como persona, individualidad y sustancialidad, unidas a la razón y a la libertad— al rango más alto. Este derecho que consiste en el "conjunto de condiciones de que depende el reconocimiento y respeto, la conservación y el desarrollo" (75) del hombre en todas sus faces, significa que "bajo ningún aspecto y por ningún motivo puede la sociedad tratar al hombre como cosa, ni privarle de su vida; y por consiguiente, la pena de muerte no puede ser mirada como un derecho, sino como un ataque fatal a la inviolabilidad de la persona" (76).

---

(73) Id. pág. 47.
(74) Id. pág. 66.
(75) Id. pág. 76.
(76) Pág. 78.

Hermosa y valiente concepción, defendida con coraje hace más de un siglo, época —en la que más o al igual que hoy— se discutía este axioma: el respeto a la vida humana.

En defensa de estas mismas ideas, Silva Santisteban impugna su error a la Escuela Carolina, que en una proposición del Programa de Derecho Natural del Convictorio, correspondiente al año 1852, reconoce que es "moralmente lícito matar" en legítima defensa. El maestro de San Marcos combate esta proposición poniendo a su autor en un dilema: o se mata con intención y libertad, en cuyo caso el acto es inmoral y punible; o sin ellas, en cuyo caso el acto se halla fuera de la moral (77).

La libertad brilla con alta jerarquía. Silva Santisteban combate la esclavitud y la defensa que hicieron los carolinos de ella, puesto que al admitir la servidumbre se limitaron a reclamar que se reglamente la conducta de los amos, confundiéndola así con la locación de servicios, que constituye un contrato en que no se comprometen los derechos esenciales de la persona.

Al negar la libertad en base a la incapacidad de algunos hombres, la citada Escuela de San Carlos, replica Silva Santisteban, confunde también la servidumbre con la tutela (78).

En su defensa de la igualdad, el autor reitera su discrepancia con la tesis de la "soberanía de los más inteligentes", porque una cosa es el derecho inherente a todos los hombres por su naturaleza, y otra es su ejercicio, que depende de un variado conjunto de circunstancias. (79)

---

(77) Pág. 78.
(78) Id. pág. 99.
(79) Pág. 58.

Con profundo sentido crítico y amplio conocimiento de las doctrinas económicas de su tiempo, Silva Santisteban emprende un análisis amplio y completo del otro derecho esencial del hombre: la propiedad, a la que dedica gran parte de su obra.

A manera de síntesis de sus puntos de vista, el autor expresa: "Nuestra teoría coloca el fundamento de la propiedad en la naturaleza del hombre, fuente común de todos los derechos; proclama a la propiedad coetánea del hombre; mira la ocupación y el trabajo como los actos que el individuo debe practicar, o las condiciones que por su parte ha de ofrecer, para la realización de su dominio peculiar; y consigna a la ley y a la sociedad la obligación de garantizar aquel derecho, obligación que tienen igualmente respecto de los otros derechos". (80)

Con sentido social, Silva Santisteban recomienda una justa organización, en la que "todas y cada una de las personas tomen una cantidad de objetos proporcional a sus necesidades y fines racionales y en que pongan de su parte las condiciones de trabajo que les sea posible". Insiste, para aclarar aún más su pensamiento, que en la propiedad se distinguen dos elementos: el individual que es la materia o fundamento del derecho, y el social que ofrece la forma y la organización, pero que es necesario el equilibrio entre ellos. (81).

El Estado carece de facultad para cambiar el sistema actual de propiedad. Su deber consiste en fomentar la cooperación y "organizar la propiedad de modo que el elemento individual no se aisle del social" (82).

Las ideas de Silva Santisteban, difundidas a través de sus libros, alcanzaron notable influencia en el

(80) Ob. cit. pág. 117.
(81) Id. pág. 118.
(82) Id. pág. 136.

Perú y en Bolivia, y formaron a sus numerosos discípulos. (83)

En 1861 dictó la asignatura de Filosofía del Derecho en el Seminario de Santo Toribio el doctor Miguel Antonio de la Lama, y desde 1872, en la Universidad de San Marcos, la de Derecho Natural el Dr. Luis Felipe Villarán, maestro ilustre, que combatió los últimos rezagos de la escolástica.

En su reglamento de 1876, la Facultad de Ciencias Políticas y Admiinstrativas de San Marcos, estableció la cátedra de Enciclopedia del Derecho, sobre cuya materia escribió una voluminosa obra el Doctor Manuel A. Fuentes (84).

Fuentes, hace suya la definición del derecho de Pradier Foderé como "la regla de los deberes exteriores del hombre" (85).

En consonancia con tal definición, la diferencia entre el derecho y la moral radica en la exterioridad del primero y la interioridad de la segunda "que se ocupa únicamente de las acciones internas, sin pasar del dominio de la conciencia" (86), diferencia que había sido superada ya por la Escuela de San Carlos y por la de Silva Santisteban.

En lo que se refiere al Derecho Natural, son confusos los conceptos del autor de la "Enciclopedia". Concibe tal derecho, citando a D'Aguesseau, como un conjunto de leyes primitivas reconocidas por todos los hombres, gravadas en el fondo de nuestro ser por razón de su autor (87), para diferenciarlo de un "Dere-

(83) Lavalle, ob. cit. pág. 248.
(84) Manuel A. Fuentes. Curso de Enciclopedia del Derecho. Imprenta del Estado. Lima, 1876.
(85) Ob. cit. pág. 3.
(86) Id. pág. 14.
(87) Id. pág. 42.

cho de la Razón" o "Derecho Racional" constituido "por todos esos principios, que en ausencia de las leyes positivas, se pueden deducir de la naturaleza del hombre, como legislación universal" (88). Además de los preceptos del Derecho Natural, el Racional abarca todo lo que es "verdad jurídica universal". Grave confusión entre el derecho y los fundamentos racionales de la ciencia jurídica.

El magisterio Villarán.

El idealismo ético de Kant y las enseñanzas de Jouffroy (89) tuvieron en el Perú de fines del siglo pasado, un preclaro portavoz en Manuel Vicente Villarán, que ejerció el magisterio de la inteligencia y de la dignidad moral.

Villarán enseñó a sus discípulos, que el ideal moral para el hombre, consiste en la conservación y en el respecto de su naturaleza, en el libre y armonioso desarrollo de todas sus facultades bajo el imperio de la razón, en la igual dignidad y la igual independencia de todas las personas humanas en una íntima fraternidad (90).

El deber, que es la ley moral misma, radica en la superioridad que la razón reconoce al ideal moral sobre todos los demás fines de la voluntad, y el imperio que ese ideal ejerce sobre nosotros en virtud de esa superioridad.

De las nociones de bien y de deber, deriva la de derecho. "Si tengo el deber de hacer algo, enseña Villarán, tengo la facultad de hacerlo. Si algo debe hacerse en mi favor, estoi facultado para obtenerlo y recla-

(88) Id. pág. 111.
(89) Theodore Jouffroy. "Cours de Droit Naturel" (1834-1835).
(90) Manuel Vicente Villarán. Lecciones de Derecho Natural. Imprenta de J. Francisco Solís, 1895. Pág. 41.

marlo. El derecho es un poder. "Es un poder moral, dice Leibnitz, como el deber es una necesidad moral" (91).

De ese modo llega el ilustre maestro a la definición del derecho como "la ley moral en cuanto establece los deberes y concede a los hombres las autorizaciones de exigir algo, que son absolutamente necesarias para que todos puedan llegar a su destino libremente" (92).

El derecho y el deber se hallan íntimamente unidos; el primero es un elemento de este último, "la condición preliminar para que se realice". De aquí se desprende que tengan caracteres comunes: como el deber es obligatorio el derecho es inviolable, no en el mundo de los hechos, sino como "debe ser". Ambos, deber y derecho, se presentan como absolutos, no sujetos a ninguna condición, porque pertenecen al hombre como personal moral. Finalmente, son universales, no en sus manifestaciones particulares ni en sus variantes, sino en sí mismos, como exigencias del destino común de todos los hombres.

Sin embargo, deber y derecho —vale decir Moral y derecho— subraya Villarán, se diferencian en que el derecho, que sólo se refiere a una clase de deberes, a los de justicia y, por tanto, es menos extenso que la moral, que abraza todos los deberes; porque el derecho impone deberes exigibles aún en contra de la voluntad del obligado, en oposición a la moral, que señala deberes esencialmente voluntarios; los deberes morales quedan cumplidos cuando son ejecutados "de buena voluntad" mientras los jurídicos deben culminar en actos externos; finalmente, porque los deberes de derecho" caen bajo la sanción de leyes y autoridades, mien-

(91) Id. pág. 60.
(92) Lecciones de Derecho Natural. Tomadas de las explicaciones del profesor Doctor Villarán por un alumno. Imprenta Bolognesi, Lima, 1894, pág. 48.

tras que los puramente morales no son materia de precepto legal ni mandados por aquellas autoridades.

Sin embargo, moral y derecho guardan íntimas relaciones. El derecho supone la moral porque sin la existencia de un ideal moral obligatorio no tendría ningún sentido el deber de respetar los derechos ajenos. El derecho no se identifica con la virtud y la felicidad, pero es un medio para que se realicen, y la virtud es un medio para el derecho porque "una sociedad desmoralizada es una sociedad injusta". Además: "no hay derecho sin sociedad política, y no hay sociedad sin lazos sociales, sin cierta fraternidad que una a sus miembros y que impida la anarquía. No hay derecho sin Patria y Patria sin virtudes cívicas" (93).

Villarán hace notar, rebatiendo la posición de las escuelas despóticas, que el derecho no es tan sólo la facultad de cumplir el deber, sino todo aquello que no es incompatible con la igual libertad de otro.

Si el hombre adquiere su perfección suma en la realización del bien, debe hacerlo libremente, porque un autómata, recuerda Villarán en esto a Foullée, cuyo amor fuera resultado de un mecanismo, no tendría mérito alguno. "El bien debe ser, pero debe ser libremente" (94) de donde se desprende que la libertad es el más alto atributo moral del hombre. La moral es el respeto a la libertad en sí mismo; el derecho, el respeto a la libertad de otro.

Esa voluntad libre, ese sujeto capaz de deberes y de derechos es la persona, titular de derechos naturales, esto es esenciales, como el derecho a la libertad, a la vida, a la igualdad, etc.

Las garantías del derecho son la ley y el Estado.

---

(93) Lecciones, ed. 1895, pág. 8.
(94) Id. pág. 62.

La ley es la regla que determina los derechos de los individuos. Como los hombres viven de hecho en sociedad, es un "derecho de todos obligar a cada uno a que acepte el régimen de asociación jurídica, se someta a las leyes y al gobierno y coopere a la conservación del Estado. Tal es el fundamento del mando y la obediencia" (95).

El Estado es una asociación de hombres para declarar y defender sus derechos; por consiguiente, no posee derechos anteriores o distintos de los que corresponden a los ciudadanos, ni crea derechos. El fin del Estado no es la virtud ni el bienestar, enseña Villarán, sino el derecho, y para realizarlo, debe ejercer no sólo autoridad —estado gendarme— sino funciones económicas, y una misión intelectual y civilizadora.

El Estado nació del instinto y de la fuerza que decrecen con el incremento de la voluntad reflexiva, de donde se deduce que el "contrato social" no se halla en el origen sino en el fin del progreso de las naciones.

De aquí se desprende, como lo enseñara Villarán, inspirado en el pensamiento de Jules Simon, que la participación creciente de la inteligencia y de la libertad del mayor número de ciudadanos en la vida y en las actividades del Estado, redunda en la eliminación progresiva de la autoridad.

El país más libre, sigue Villarán, es aquel en que todo es obra de la voluntad general mediante el sufragio; el que no tiene leyes preventivas y pocas represivas; aquél en el cual participa en la vida pública el mayor número de ciudadanos; en una palabra, aquel donde el derecho de exigir obediencia de todos implica la existencia de un deber correlativo en favor de todos: la instrucción (96).

(95) Id. pág. 85.
(96) Id.

Capítulo V

El intento positivista

> *"El rasgo común a todas las concepciones positivistas es su consagración especial a los problemas políticos y sociales, hasta el punto de descuidar a la misma filosofía, desarticulada en disciplinas especiales. Así la Sociología, la más alta en la jerarquía de las ciencias, es llamada a fijar, sobre bases exactas, las relaciones colectivas; y todo el complexo enorme de los conocimientos físicos, biológicos e históricos es sólo una condición previa para abordar los estudios sociales". Alejandro Korn: "Influencias Filosóficas en la Evolución Nacional".*

Sentido del positivismo jurídico.

La decadencia del derecho natural individualista durante el siglo XIX, y el auge del positivismo y de las doctrinas historicistas, se deben a varias causas.

Entre esas causas ocupan rango especial: el ocaso de la metafísica y de los grandes sistemas filosóficos; el criticismo kantiano que atacó el objetivismo ético, para reemplazarlo por el formalismo; los errores a que llegaron las propias teorías jusnaturalis-

tas, a través del método deductivo, que las llevó a elevar el rango de preceptos jurídicos, tesis abstractas o a otras circunstaciales o contingentes; la creciente intervención del Estado en orden al derecho positivo; y la búsqueda de certeza dentro de las disciplinas jurídicas, con la aplicación de los procedimientos de las ciencias naturales.

Históricamente, "el asalto del positivismo se realizó desde distintos ángulos y en direcciones por decir así convergentes" que fueron: el empirismo, la sociología en boga; y el materialismo filosófico e histórico (1).

El empirismo enseñó que experiencia externa es el único método para la filosofía del derecho al igual que las ciencias naturales. Por su lado, la sociología atacó el carácter normativo de las disciplinas de la cultura; y finalmente, el materialismo explicó el derecho por fenómenos sociales, económicos, sicológicos, físicos, etc.

La distinción entre "positivismo método" y "positivismo sistema" es aplicable también al derecho.

El positivismo método, no admite en el mundo jurídico, nada más allá de la ley positiva y "todo lo que podría existir fuera de ella no pertenece al dominio del derecho inmediatamente observable; es moral, no derecho" (2).

Para el positivismo como sistema, el derecho nace de hechos reales o es una creación del Estado; se caracteriza por llevar en su esencia la nota de "coacción efectiva"; y el Estado es producto de determinadas fuerzas sociales.

Dentro de estas tendencias el derecho ideal, eterno

(1) Rommen, ob. cit. pág. 109.
(2) Id. pág. 111.

y universal, queda reemplazado por "derechos positivos".

La tendencia positivista dentro del derecho, discurrió por dos cauces: el positivismo analítico y el positivismo sociológico.

Ambas formas del positivismo recusan toda fundamentación metafísica o filosófica como sustento del derecho, limitan el propósito de la investigación al campo empírico y aplican el método de las ciencias de la naturaleza.

El positivismo analítico, se caracteriza por su afán de reducir todo el fenómeno jurídico a un sistema de mandatos, esencialmente coactivos, dimanados del Estado, de donde se desprende que la ciencia jurídica tiene como fin principal, el análisis y la interpretación de tales reglas, su clasificación y el señalar las conexiones que existen entre ellas, a fin de llegar, por tal método, a la definición de conceptos generales.

Por su parte, el positivismo sociológico no investiga los preceptos jurídicos en sí mismos, sino que estudia los fenómenos sociales que determinan su nacimiento y su transformación. Los considera como expresión de esos fenómenos y los examina a través del método empírico.

Para ambas formas del positivismo "el derecho es producido, como lo señala con acierto Julius Moor, en un proceso histórico por el poder gobernante de la sociedad. En esta concepción, es Derecho sólo aquello que ha mandado el poder gobernante y todo lo que éste mande es Derecho por virtud del hecho mismo que la manda" (3).

Los filósofos positivistas que lograron mayor di-

---

(3) Cit. por Edgar Bodenheimer. Teoría del Derecho. Fondo de Cultura Económica. México, pág. 296.

fusión a fines del siglo XIX, en el Perú fueron Comte, Spencer y Suart Mill, cuyas obras sirvieron de inspiración general; y entre los juristas, Bentham y Austin.

El positivismo jurídico en el Perú.

El positivismo, en el campo de las disciplinas de la cultura, vale decir dentro de la universidad, fue en el Perú del citado período "un movimiento tenue o larvado" (4).

Francisco García Calderón al referirse a la Universidad de San Marcos de aquella época, señala que todos los esfuerzos que se han hecho para rejuvenecerla e infundirle un nuevo espíritu, han fracasado. Y agrega las siguientes frases, que aún hoy nos llaman a meditar seriamente: "En ella no son solamente las ideas, que pertenecen al pasado, lo que favorece la quietud intelectual, sino también el método y la organización de los cursos sometidos a la rutina..... Separada de los escalones inferiores de la instrucción, en la cima de la enseñanza, no sabe dirigir y coordinar los esfuerzos e ignora su misión nacional. Además su influencia es nula como fuerza educativa. Sin ideal republicano, sin espíritu progresivo, demasiado ligada al pasado, no hace sino dar una instrucción por demás débil y primitiva. Mitad escolástica y mitad moderna, no hay en la universidad rasgos definidos ni directivas fecundas" (5).

En este ambiente, el positivismo significó un intento de renovación de ideas y de métodos.

Dicha filosofía, que llega al Perú por el año 1860, se expresó principalmente a través de obras de Socio-

---

(4) Jorge Basadre. Historia de la República del Perú. Ediciones "Historia" Lima, Perú, 1964. Tomo IX, pág. 4462.
(5) Francisco García Calderón. Le Pérou Contemporain. Dujarric et. Cie. Editeurs. París, 1907. Pág. 193.

logía, en cuyo contenido se tradujo el pensamiento de Comte y de Spencer y cuyo método fue el empírico.

Pertenecen a esa corriente los trabajos de Lisson, Javier Prado y Cornejo.

"Breves Apuntes sobre la Sociología del Perú" (6) es el título del libro del Doctor Carlos Lisson, que contiene un estudio sobre las constituciones del siglo XIX, los factores religiosos, educativos, geográficos y económicos que influyen sobre la realidad social del país y las causas de nuestros defectos y males políticos. Amplia y múltiple fue la obra de Javier Prado Ugarteche, que con el estudio titulado "El método positivo en el Derecho Penal" (7) incursionó en el ámbito jurídico.

Prado, adversario de la Metafísica, califica a esta disciplina "como la más engañosa teoría sustentada por la soberbia humana" (8), cuya imposibilidad deriva de la inconocibilidad de los objetos y de la relatividad del conocimiento.

La teoría del Derecho Natural clásico, según Prado, con sus creaciones abstractas tales como "naturaleza humana", "justicia", etc., carece de todo valor científico y ha impedido el avance de las leyes inspiradas en la realidad del hombre y sujetas a los cambios históricos y sociales.

La relatividad del pensamiento "limita también nuestra actividad en presencia de otros hombres, y nos impone restricciones cuya regla es la justicia derivada de la naturaleza misma de nuestras relaciones" (9).

---

(6) Librería e Imprenta Gil. Lima, 1887.
(7) Benito Gil Editor, Lima, 1890.
(8) Ob. cit. Pág. 21.
(9) Los partidarios de las viejas escuelas, escribe Prado, razonan de este modo: "Todos los seres tienen un fin que llenar y por tanto están sujetos a una ley. Esta ley será la misma para los seres de

Las normas del derecho nacen de los hechos, su objeto es gobernar la actividad de los hombres para que pueda realizarse su convivencia dentro de la sociedad en cuya seno todo es relativo.

El Derecho Natural, como expresión de una justicia absoluta y abstracta conocida por el hombre sea por esfuerzo de la razón o por revelación divina, "es un concepto quimérico", dice Prado. La Filosofía del Derecho debe basarse en la experiencia universal, admitida por todos los pueblos, por corresponder a sus "necesidades positivas" y a las verdaderas aspiraciones sociales.

El sociólogo más destacado de la época fue el Doctor Mariano H. Cornejo, con la obra tratado de "Sociología General", que empezó a publicarse en 1908 (10).

En un estudio sobre la vida y la obra de Mariano H. Cornejo, Hugo Denegri Cornejo ha sintetizado los caracteres de la sociología del maestro de San Marcos, en estos términos: "Sigue a Comte y a Spencer cuando piensa que el fenómeno social deriva del fenómeno universal. Rechaza la sociología biológica de Chaefel y Lilienfel y considera inaceptable la premisa de Gumplowics, que pretende encontrar en el conflicto las

---

igual naturaleza. Ahora bien, replegándonos en nuestra conciencia observamos, que en ella se hallan grabadas las ideas del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, del mérito, del premio y del castigo; y, como las mismas causas producen los mismos efectos, poseyendo los hombres igual naturaleza, por la ley de la analogía se deduce, que todos tienen inculcados idénticos principios, y, por tanto, que aquellas ideas son universales. Y, continuando el razonamiento, concluyen que no sólo son universales sino invariables, puesto que la naturaleza humana ha sido siempre la misma", ob. cit., pág. 18. Ante la dificultad de una interpretación positiva de ese concepto, "aparece el Ser Supremo imprimiendo en la conciencia de cada hombre los principios inmutables del bien y del mal, del derecho y del delito", id.

(10) Tomo I. Imprenta de los Hijos de M. G. Hernández, Madrid, 1908.

fuerzas, el único factor que informa el movimiento de las sociedades. Explica, en cambio, el carácter científico de la Sociología, y como el fenómeno social continúa y completa el fenómeno cósmico biológico, para terminar su sistema con la interpretación científica de las más importantes instituciones sociales" (11).

El afán de las mentes renovadoras por sustentar los conocimientos jurídicos sobre bases exactas y rigurosas; el atractivo que ejerció en ellas la observación directa de los hechos como fuente segura para alcanzar la verdad y llegar a la formulación de leyes científicas; la pretensión de la sociología por explicar todos los fenómenos de la vida humana colectiva, fueron otras tantas causas que operaron un cambio profundo en las enseñanzas de Manuel Vicente Villarán, que se incorporó, en una segunda etapa de su magisterio, dentro de la nueva corriente.

En las lecciones y en los escritos del maestro de San Marcos, las ideas de Comte y de Spencer apagaron el eco de las últimas teorías racionalistas; a los principios universales que fueron proclamados como sustento del Derecho Natural, siguieron leyes formuladas gracias a la observación científica de los hechos sociales; y el predominio de la inducción señaló el fin de las construcciones deductivas y apriorísticas del primer período (12).

Observa Villarán que las "ciencias morales" han recibido desde Comte un nuevo impulso, que ha perfeccionado las antiguas y ha hecho nacer otras nuevas,

---

(11) Mariano H. Cornejo, el hombre y su obra. Gráfica Morsom S.A. Lima, 1966., pág. 27.

(12) Las Ciencias Morales Contemporáneas y su Tendencia Positiva. Lección dictada por el Catedrático de Filosofía del Derecho, Dr. Manuel Vicente Villarán, en la apertura del curso de 1907. Revista Universitaria. Año II. Mayo 1907, Núm. 10, págs. 121 a 137. Año II. Junio 1907, págs. 252-258. Lima.

desligadas "de dogmas religiosos y de hipótesis metafísicas" (13).

Los "estudios morales", dice Villarán, se escinden en dos grupos: la Psicología y la Sociología, que tratan de los fenómenos de la conciencia y de los fenómenos sociales, respectivamente.

La gama de los fenómenos sociales es múltiple y variada. Ellos comprenden "las religiones, las filosofías, las ciencias, las artes, la moral, el Derecho, el Estado, la familia, la propiedad, el comercio, la industria, en una palabra, todos aquellos hechos que se realizan en la sociedad y por la sociedad; que no expresan la actividad del individuo sino que son manifestaciones de la actividad de las masas colectivas de seres humanos" (14).

Esos hechos pueden investigarse siguiendo dos procedimientos: uno narrativo o descriptivo, como hace la Historia, y otro explicativo, con tendencia a buscar su encadenamiento, sus causas y sus leyes naturales, tareas que corresponden a la Sociología.

La Historia, dice Villarán, presenta fenómenos concretos, individualizados, siempre referidos a una época o a un país, mientras que las ciencias sociológicas "que tienen por objeto las leyes generales de los hechos de la humanidad, no localizan esos fenómenos, no se dedican a las manifestaciones individuales de ellos sino a las manifestaciones generales y, en cuanto es posible, universales" (15).

Los fenómenos sociales revisten gran complejidad y múltiples formas, por cuyas razones, han surgido las diversas ciencias sociales particulares.

---

(13) Pág. 121.
(14) Pág. 122.
(15) Pág. 126.

Villarán considera que la concepción de una Sociología general como "ciencia total de la vida del hombre en sociedad" tiende a ser abandonada, por la razón antedicha y porque cualquier tarea de unificación o justificación de los conceptos derivados de los estudios sociales, la investigación del método o los alcances del conocimiento en dicha materia, corresponden a la filosofía. Las ciencias sociales, agrega, "deben vivir dependientes pero no aisladas..... estudiando cada hecho en la integridad de sus relaciones" (16).

El Renacimiento, dice Villarán, realizó la separación entre la filosofía y las ciencias de la naturaleza. "La gloria principal de Comte, como fundador de escuela, agrega, consiste en haber sostenido firmemente la misma separación en las ciencias morales" (17).

Pese a que se ha tratado de contraponer las disciplinas morales a las naturales —como lo demuestra el nombre de aquellas— "Todo esfuerzo de la moderna ciencia de los hechos morales debe conducir a reincorporarlos en el seno de la naturaleza, considerándolos como fenómenos naturales, diversos, por cierto, de los hechos físicos biológicos, pero idénticos a ellos, en cuanto son hechos de experiencia, sujetos a la ley de causalidad" (18).

De allí el carácter positivo de tales ciencias, es decir, su independencia de toda metafísica; que su contenido se refiera, a datos relacionados o concatenados unos con otros, sin salirse del orden fenoménico, y que se limiten a las causas de aquellos sin pretender alcanzar las llamadas primeras causas o causas absolutas.

Por las razones expuestas se comprende, que las ciencias morales son extrañas a toda discusión sobre

(16) Pág. 133.
(17) Id. pág. 256.
(18) Id.

el libre albedrío, tema que corresponde a la filosofía, puesto que significa: o la negación de la causalidad universal, o el sometimiento de los hechos al capricho o a la arbitrariedad.

En lo que atañe a la Moral en particular, no debe admitirse tampoco que sus fundamentos sean supracientíficos, como si fuera una "metafísica en acción" sino, que es imperioso considerar dicha disciplina, en base a datos y a hechos, despojados de hipótesis metafísicas.

Villarán critica acervamente la tendencia que atribuye a la Moral la eficacia de un "oráculo divino", "que ha tenido en épocas y países diversos, lenguaje diferente y contradictorio. Causas locales, y transitorias, dice, fuerzas económicas, inclinaciones y necesidades derivadas de la religión, de la forma de organización social, de los intereses de las clases dominantes, nos dan la clave de muchas e importantes prácticas, y creencias morales. La moral se transforma incesantemente, adaptándose a las condiciones movedizas de la vida común" (19).

El conocimiento de nuestros deberes es una ciencia práctica que no ha menester fundamentación meta-empírica. Las causas de los hechos humanos sólo pueden ser conocidas por las ciencias, y de las enseñanzas que éstas nos proporcionen, pueden desprenderse las reglas para la acción ulterior.

En cuanto a los fines de la conducta, Villarán cree que el único camino para determinarlos, está trazado por las "tendencias profundas y normales de la naturaleza humana y de las sociedades" (20)..... o por

(19) Id. pág. 256.
(20) Id. pág. 257.

las "necesidades de nuestra constitución" (21).

Cabe preguntar, sin embargo, si esas tendencias profundas "de la naturaleza humana" o de "nuestra constitución", no son los principios metafísicos que postula como sustento el Derecho Natural clásico.

Sin embargo, agrega Villarán, "la especulación metafísica ha sugerido la idea de un bien sobrehumano, natural y absoluto que debe su bondad a sí mismo y no a las aspiraciones de los seres sensibles respecto de él. Pero semejante bien, carece, por su propia definición, de todo contacto con la realidad y de toda semejanza con los bienes conocidos. Es una incógnita impenetrable, que por esto mismo, no puede servirnos de ideal. Permanece condenado a su esterilidad, en sus alturas inaccesibles. Un bien, o un mal en sí, dice Hoffding, tiene aparencia idealista, pero es, en puridad, un contrasentido" (22).

La tesis de José de la Riva Agüero sobre el "Concepto del Derecho" (23) constituye una afirmación dogmática de voluntarismo, desarrollada dentro de una severa articulación lógica, bajo la lejana inspiración de Hobbes y Spinoza y de sus comentaristas del siglo XIX.

El derecho según Riva Agüero es "la forma precisa y la natural expresión de las fuerzas sociales intensas, la consagración de su poder recíproco" o para decirlo, con él mismo, dentro de una mayor exactitud, "es la actividad social coactiva y constante, la fuerza durable colectiva" (24).

Para llegar a tal concepto, parte de "la voluntad"

---

(21) Ig.
(22) Id.
(23) José de la Riva Agüero. "Concepto del Derecho. Ensayo de Filosofía Jurídica". Librería Francesa E. Rosay, Lima, 1912.
(24) Obt. cit., pág. 38.

que, a la vez que es elemento primario y fundamental en la conciencia, es "el fondo de la naturaleza".

Según el autor, el mundo es "función de la conciencia" y la "Naturaleza una representación del yo" (25), por lo cual el sujeto y el objeto resultan semejantes y análogos. "De la sustancia del yo, puede, pues, inferirse legíticamente la sustancia del mundo. Los cuerpos no son sino un conjunto de energías; y el concepto de energía es la aplicación a la Naturaleza del de voluntad que intuímos en nosotros como actividad permanente" (26).

En la realidad cuya interioridad es el espíritu, que se exterioriza mediante la materia, el fondo es energía, apetito, voluntad.

La voluntad humana no es sino una manifestación de aquella fuerza cósmica, que al ejercerse frente a otras voluntades humanas y sobre ellas, da nacimiento a la relación jurídica. "El Derecho, sostiene Riva Agüera, se presenta por la contraposición de las voluntades humanas en sus actos externos. Los hombres, al entrar en conflicto, por la competencia en la adquisición de las cosas necesarias a la vida, y por el ímpetu de dominación que es inseparable de la vida misma, se constituyen en una correlación de fuerzas, que tiende mecánicamente al equilibrio. Nace, pues, el derecho del poder, o como decían los Romanos, **ex facto oritur jus.** Del choque de las voluntades particulares y su ponderación recíproca, surge y se formula el derecho en sus dos fases necesarias e inseparables: la externa y la interna, la realidad social y el sentimiento individual" (27).

Si los elementos de la relación jurídica son las

(25) Id. pág. 8.
(26) Id.
(27) Ob. cit., pág. 14.

voluntades, el derecho —y en esto sigue el autor a Windscheid— es el querer. El querer tiene dos momentos: el apetito y el interés, que se adecúan en la utilidad.

Los poderes del hombre pasan por dos estados sucesivos: uno de movimiento espontáneo y de confusa lucha, que es la anarquía; y el otro, que es el de la organización y de las conexiones jerárquicas, fruto de la civilización.

En ese segundo estado las fuerzas tienden a neutralizarse para alcanzar el equilibrio que constituye un inasequible ideal jurídico, que no puede realizarse jamás plena y definitivamente, porque ello significaría la paralización de la sociedad y la muerte del Derecho.

La sociedad humana que es continuo devenir, significa para el hombre el paso incesante por etapas de cooperación y de lucha. "Los individuos luchan para unirse y se unen para luchar" (28).

En este proceso una fuerza logra someter a las demás; esta fuerza es el Estado "expresión de la voluntad dominante" (29).

El derecho atraviesa por tres momentos: se presenta como querer subjetivo dirigido hacia otros hombres, en cuya etapa no se separa aún de la moral; pasa luego a ser exteriorización de las voluntades en forma de norma o regla externa, que al confrontarse con el momento anterior, da lugar al tercero, que es nuevamente subjetivo, como facultad o potestad en el sujeto agente u obligación o deber por el lado del sujeto pasivo.

Concebido como actividad coactiva y constante,

(28) Id. pág. 20.
(29) Id. pág. 21.

el derecho es sólo positivo. De aquí se desprende el absurdo, dice Rive Agüero, de las viejas doctrinas de los secuaces del Derecho Natural y de los discípulos de Kant, que concibieron la existencia de derechos "absolutos e inmutables, superiores a la experiencia social y a la realización práctica, grabados con caracteres eternos como leyes de la naturaleza humana o imperativos categóricos de la razón. Para estos sistemas el verdadero derecho no es el que rige las relaciones de los hombres, sino el que debería regirlas" (30).

Dentro de la concepción del autor comentado, el sentimiento de justicia que es "la conciencia de la mutua limitación de los individuos y de las clases que la convivencia impone" (31) como producto social eminentemente relativo y variable deriva del derecho, por más que reobre sobre él para modificarlo o renovarlo. Del mismo modo "la dignidad" es un simple respeto, "conciencia de la fuerza ajena en quienes lo reconocen, y de la propia en quienes lo infunden" (32).

El derecho, que presenta como notas la coactividad y la constancia, que en sí es "el equilibrio coactivo de las voluntades" se halla en íntima relación con la Moral, ya que no hay separación infranqueable entre los dos órdenes de ideas.

Hay una Moral subjetiva, según Riva Agüero, que nos impone un imperativo o deber que no es sino un sentimiento de fuerza más poderosa y estable en el ánimo, la asociación o combinación más durable de representaciones con sus procesos volitivos correspondientes; y otra Moral colectiva, que es la común opinión acerca de las acciones y la común regularización y valuación de los deseos.

---

(30) Id. pág. 29.
(31) Pág. 31.
(32) Pág. 33.

La volición social intensa, el grado mayor de exigencia que toma la Moral colectiva, es el derecho, "Se desprende de aquí, dice Riva Agüero, que la conciencia jurídica, estado de ánimo general que produce el Derecho, no es más que la concentración de la conciencia moral en un tiempo y en un país dados" (33). Concentración significa fijeza en las normas y que ellas estén dotadas de una sanción.

Según esto, no existe diferencia de naturaleza entre la moral y el Derecho, sino solamente de grado. Cuando la exigencia social aumenta en "intensidad" pasa de moral a jurídica, cuando disminuye de jurídica a moral. Y, si bien es cierto, que todo el derecho no tiene un origen unívoco, porque se da también el "derecho impuesto" la constancia de las imposiciones, las moraliza, así como las apreciaciones morales aspiran a realizarse en el mundo jurídico.

Años después, Riva Agüero volvió "a acatar la doctrina católica del Derecho Absoluto o Ley Natural, a cuyas prescripciones debe subordinarse la infinita multiplicidad de derechos relativos" (34). Rectificó su definición del derecho como "mandato coactivo y constante" por otra: "mandato racional, y por racional coactivo y durable" (35) y proclamó un Derecho Natural o justicia absoluta o moralmente obligatoria, de cuyas reglas derivan todos los derechos positivos e históricos. Breves palabras borraron la primera elaboración.

En la décadas iniciales de este siglo, desde la cátedra de la Facultad de Derecho de San Marcos y a través de sus escritos, alcanzó notable difusión la en-

(33) Pág. 68.
(34) José de la Riva Agüero. Historia del Perú. Librería Studium. Lima, 1953, Tomo II, pág. 349.
(35) Id.

señanza jusfilosófica impartida por el Doctor Juan Bautista de Lavalle.

Admirador de la cultura italiana, el doctor Lavalle difundió el pensamiento de Icilio Vanni, cuya "Filosofía del Derecho" tradujo al castellano, con la colaboración del Dr. Adrián Cáceres Olazo, alcanzando éxito notable, revelado por las tres ediciones de ese libro que datan de los años 1909, 1919 y 1923 (36).

Vanni, que denominó a su escuela "positivismo crítico", considera que la Filosofía es "el complemento y la integración de las ciencias" (37) reunidas en una investigación superior y general.

Más allá del pensamiento de Comte, el autor italiano ve en la Filosofía no sólo la suma de los resultados de las disciplinas particulares, sino una **sientia altior** que elabora y unifica en un primer principio, las tres investigaciones filosóficas que se refieren al conocimiento, al ser y a la acción.

En lo que toca al estudio del Derecho, Vanni considera que éste es el objeto de un grupo de ciencias que son las denominadas ciencias jurídicas; que sobre ellas se eleva una filosofía particular, que es la Filosofía del Derecho, ya que existe una filosofía particular para cada conjunto científico. Finalmente, en el rango más alto, se halla la Filosofía General, cuyos caracteres hemos determinado.

En su carácter de filosofía particular, la Filosofía del Derecho es "la ciencia que a la vez que integra las ciencias jurídicas en la unidad de sus principios más generales, refunde el derecho en el orden universal, con relación al cual estudia su formación histórica

---

(36) Icilio Vani, Filosofía del Derecho. Primera versión castellana por los doctores Juan Bautista de Lavalle y Adrián Cáceres Olazo. Tercera Edición. 545 págs. F. y E. Rosay. Lima, 1923.
(37) Ob. cit., pág. 7.

en la sociedad humana, y estudia desde el punto de vista ético sus exigencias racionales" (38).

Según este positivismo crítico, los problemas de la Filosofía del Derecho son: el que se refiere al fundamento y a las condiciones del saber jurídico, esto es el problema crítico; el del origen y la evolución del derecho con el propósito de precisar sus elementos uniformes y variables, es decir, el problema fenomenológico; y, finalmente, el de su valoración, que es el deontológico.

Vanni enseñó en su obra, que todo conocimiento científico es legítimo en tanto que se mantiene dentro de los límites de la experiencia, y que no se dan ideas innatas en la mente sino meras disposiciones derivadas de elementos naturales, y que detrás de lo que se percibe hay una realidad inaccesible (39).

Dentro de estos principios, el saber científico de los hechos jurídicos es sólo un saber empírico, para él aparece el derecho, en cuanto objetivo, como aquel conjunto de normas generales, impuestas a la acción humana en sus relaciones externas, y apoyadas en la realidad del Estado, para garantir los fines del individuo y de la comunidad (40).

La obligatoriedad de las normas del derecho, nace de la imposición de una voluntad superior a las voluntades subordinadas, y aquélla es el querer colectivo y unitario del Estado, que es el presupuesto necesario del mandato.

---

(38) Obt. cit. pág. 21.
(39) "I no se trata simplemente de un ignoto actual, que la mente humana puede esperar conoce ralgún día, sino de un eterno incognocible: no se trata de un "ignoramus" sino de un verdadero y propio "ignorabimus". Hay, como decía Littre, un océano inmenso cuyas ondas tocan nuestra ribera y para el cual no tenemos barca ni vela". Ob. cit., pág. 69.
(40) Ob. cit., pág. 84.

El derecho subjetivo, según Vanni, es el poder que la norma garantiza al querer para alcanzar un fin que no es otra cosa que un bien o un interés. De este derecho, deriva la "pretensión jurídica" o facultad de exigir a otros lo preceptuado por la norma.

En su Deontología del Derecho, la parte más original de la obra, explica Vanni que el fundamento científico de todo sistema ético jurídico que pretende ser tal, debe ser "intrínseco" porque sólo por ese camino las normas asumen carácter de necesidad y queda excluído todo elemento accidental o arbitrario (41).

En el ámbito de las relaciones humanas, tal fundamento intrínseco está determinado por las condiciones o leyes de la existencia, cuyo imperativo supremo es la sociabilidad. El hombre es sociable por naturaleza y por instinto; convive y coopera con los demás.

"Las condiciones fundamentales de la vida en común, constituyen la justicia, por la cual se da a cada uno lo suyo" (42).

Tanto el derecho como la justicia, derivan de esas condiciones de la vida humana en común, que son vínculos de causalidad natural, a través de la evolución histórica que traduce un proceso psicológico social, como expresión de los diversos momentos de la voluntad colectiva.

Vanni llama por eso a su teoría "sistema de las condiciones de la vida en común" y considera que "va cambiando con el principio de la evolución y está sujeto al criterio de la relatividad histórica", y que su validez filosófica se sustenta en el "principio de causalidad natural" que expresa el proceso de la evolución en su forma más elevada del cual recibe "un significado y un valor esencialmente cósmico" ya que "reune

(41) Ob. cit., pág. 419.
(42) Id. 422.

la ética y el derecho al proceso de la vida y del mundo" (43).

El Doctor Lavalle sigue las enseñanzas de Vanni, en lo que se refiere a la posición de la Filosofía del Derecho en el cuadro de las ramas del saber y en lo que atañe a su contenido.

El profesor de San Marcos, considera que la Filosofía del Derecho "es una filosofía de un grupo de ciencias" —etapa intermedia entre la ciencia y la filosofía general— y que como ciencia sintética "integra las ciencias jurídicas en la unidad de sus principios más generales" (44).

El carácter de la disciplina, cree el Dr. Lavalle que debe ser sociológico, por su generalidad, por ser la ciencia de la evolución del derecho y de su fundamento, y por proyectarse hacia los ideales de la vida jurídica y social (45).

Bajo el aspecto citado, el derecho se presenta como fenómeno relativo y mudable, aunque el derecho natural, despojado de las teorías del estado de naturaleza y del contrato social, "encierra un elemento precioso y evidente" (46).

¿Cuál es el elemento? En la naturaleza de las cosas, dice el Dr. Lavalle, existe un fundamento necesario y una justificación intrínseca del derecho, pero ese elemento debe utilizarse" previo un acuerdo sobre el modo de interpretar la naturaleza humana y sus necesi-

(43) Id. pág. 429.
(44) La Crisis Contemporánea de la Filosofía del Derecho, ob. cit. pág. 66.
(45) "I si la Sociología Jurídica se refiere al mismo contenido, teniendo el msimo método y fin que la Filosofía del Derecho, es necesario convenir también en que las dos disciplinas son idénticas, y que la discusión se reduce a cuestión de nombres". Prólogo a la primera edición de la obra de Vanni, pág. XVII. "La filosofía jurídica tiene carácter sociológico. "La Crisis...", etc., pág. 163.
(46) La Crisis, pág. 199.

dades, así como el método que debe seguirse para determinar en qué consisten" (47). La imprecisión no puede constituir la base teórcia de la ciencia.

Siguiendo los lineamientos de Vanni, el Dr. Lavalle llega a una posición conciliadora y ecléctica, cuando dice que "la orientación de la filosofía del derecho debe ser armónica, ni empírica ni especulativa. La verdad es indivisiblemente acción e idea. Debe perseguir el ideal de una síntesis unificadora, de la síntesis objetiva de los positivistas y de la síntesis subjetiva del idealismo" (48).

En una etapa posterior, al prologar la "Introducción a la Teoría General del Derecho", de Claude Du Pasquier, profesor de la Universidad de Neuchatel, que tradujo (49), el Dr. Lavalle expresó su fe "en las esperanzas espirituales" y su adhesión a "la tarea sustancial de establecer el fundamento y la naturaleza del Derecho y los valores que encarna, de preservar en beneficio de todos, frente al fluir de las doctrinas y al cambio de las instituecciones, aquello que encierran de sabiduría eterna" (50).

Dentro de estas ideas, se deja claro testimonio de la ineludible necesidad de fundamentar el derecho "sobre un valor absoluto" que ni el sociologismo ni el subjetivismo suministran, para alcanzar, de ese modo su fin, que también corresponde al Estado, cual es "salvaguardar la dignidad moral del hombre" (51).

---

(47) Id. pág. 200.
(48) La Crisis, etc., pág. 165.
(49) Trad. del Dr. Juan Bautista Lavalle y del Dr. Julio Ayacta G. Librería e Imprenta Gil S.A. Lima, 1944.
(50) Prólogo cit. pág. XV.
(51) Ig. pág. XIV.

Capítulo VI

El pensamiento actual.

"En el siglo en que vivimos han apa-
"recido algunas corrientes filosóficas
"que se enlazan parcialmente con ideas
"y doctrinas que fueron expuestas an-
"tes de los tiempos modernos; de aquí
"que se pueda hablar, si bien en for-
"ma restringida, de un renacimiento
"de la vieja filosofía. Al lado de estas
"corrientes, que han impreso su mar-
"ca sobre las nuevas tendencias de la
"filosofía del derecho, corren otras va-
"rias corrientes, entre ellas el empiris-
"mo, el positivismo y el materialismo,
"a las que ya nos referimos y sobre las
"que no necesitamos volver". Alfred Verdross: "LA FILOSOFIA DEL DERECHO DEL MUNDO OCCIDENTAL".

El renacimiento de la Filosofía del Derecho.

En el último tercio del siglo XIX, cuando el positivismo empezaba a declinar, se inicia un nuevo movimiento idealista "menos siguiendo la tradición del idealismo objetivo de Hegel que del idealismo subjetivo de

Kant" (1) que se proyecta en la ética y en la filosofía del Derecho.

Desde 1860, en que Kuno Fisher, en su obra "Geschichte der neueren Philophie" preconizó el retorno a Kant, renace una corriente favorable a la filosofía del maestro de Koenisberg, representada por Otto Liebman y Albert Lange, entre otros.

El neocriticismo que surgió bajo tales influencias, se dividió pronto en dos ramas: la escuela de Marburgo de Hermann Cohen y Paul Natorp; y la de Baden de Wilhelm Windelband y Enrique Rickert. Ambas tendencias influyeron en la filosofía del Derecho; la primera por intermedio de Rudolf Stammler, principalmente; y la segunda, a través de Gustavo Radbruch.

Fiel a la posición neokantiana de Marburgo, Stammler orientó su investigación hacia la metodología del Derecho en busca de las categorías jurídicas. Hallar el concepto de derecho y con él los "conceptos puros fundamentales" fue la primera tarea del filósofo.

El concepto del Derecho, según Stammler, es un "proceso de ordenamiento mental" y como tal es "el querer entrelazante, autárquico e inviolable". El contenido del derecho es condicionado y relativo, de allí la fórmula "derecho natural de contenido variable".

Bajo la proyección de la misma influencia, pero dirigido hacia la esencia del derecho, el pensador italiano Giorgio del Vecchio, considera que el denominador común de lo jurídico es "el signo o carácter universal de la juricidad" que tiene como fundamento la naturaleza humana.

Radbruch, que recogió las tesis de Rickert, sostiene que la idea de derecho "es el valor" y "el derecho

(1) Welzel, ob. cit., pág. 231.

es la realidad referida al valor", y por tanto, el concepto de derecho es, un "concepto cultural".

La Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, es, sin duda alguna, la corriente jusfilosófica de mayor influencia entre los pensadores de América Latina de los últimos tiempos.

La Ciencia del Derecho, según el iniciador de la Teoría Pura, es ciencia normativa que trata únicamente del derecho positivo, con un propósito de "pureza" metódica puesto que elimina de ella todo lo que no sea jurídico.

Tal disciplina pertenece, no al orden de las ciencias del ser que son las que se ocupan de la naturaleza, sino al ámbito del "debe ser". Las normas jurídicas refieren un antecedente o condición a un "debe ser" mediante una forma especial de enlace que es la imputación. "La consecuencia enlazada en la proposición jurídica a una determinada condición es un acto coactivo estatal, esto es, la pena y la ejecución coactiva civil o administrativa, y, solamente por eso, la situación de hecho condicionante es calificada como antijurídico, y la condicionada, como consecuencia de lo antijurídico" (2).

El derecho, que se da sólo como derecho positivo, esto es, como derecho instituído, está formado por una jerarquía de normas que constituyen una unidad por su derivación de una norma fundamental, que no es un precepto de derecho natural sino una mera hipótesis en la que se sustenta el sistema.

El ordenamiento jurídico coactivo se identifica, según Kelsen, con el Estado, que no es otra cosa que la personificación de la estructura jurídica nacional.

---

(2) Hans Kelsen. La Teoría Pura del Derecho. Editorial Losada S.A Buenos Aires, pág. 52.

El renacimiento de la Metafísica y la "rehabilitación" del contenido de la Etica, gracias a la teoría de los valores, al igual que el descrédito del positivismo y del derecho natural racionalista basado en fundamentos "a priori" han sido los caminos para un retorno del derecho natural.

Esta tendencia se halla representada por numerosos pensadores, entre los cuales los de más señalada influencia han sido Víctor Cathrein, Grabmann, Messner, Rommen, Le Fur, Delos, Dabin; y Maritain que ha proyectado su pensamiento en otros sectores culturales.

El denominador común de las teorías de dichos autores, está constituído por las ideas de un derecho natural con fundamento trascendente, inscrito en la conciencia de la persona humana cuya esencia espiritual y libre es la raiz de su dignidad. Tal derecho es el inspirador del derecho positivo que realiza el Estado, cuyo fin es el bien común subordinado a los altos valores de la persona.

Además de otras direcciones, tales como la fenomenología, el realismo sociológico, y el relativismo jurídico, por razones manifiestas, han influído entre nosotros, el racio-vitalismo, de Ortega y Gasset, a través del pensamiento del eminente jusfilósofo español Luis Recasens Siches, y la Teoría Egológica del Derecho, del profesor argentino Carlos Cossio.

Según Recasens Siches el derecho pertenece a la "vida humana objetivada", que ofrece la misma estructura que la vida, puesto que es su producto.

El derecho se halla enmarcado por dos categorías: lo normativo y lo colectivo. La primera porque sus proposiciones prescriben una conducta como debida; la segunda, porque pertenece al mundo social no interindividual sino colectivo.

Según este autor, el derecho ofrece tres dimensiones: hecho, norma y valor que se dan en "relación esencial de implicación".

La Teoría Egológica del Derecho, sitúa el fenómeno jurídico en el campo de la cultura, no como vida humana objetivada sino como vida humana viviente o, para expresarlo con su propia terminología, no como objeto "mundanal" sino como objeto "egológico" que es conducta en su interferencia intersubjetiva, concepto este último tomado de Del Vecchio.

Según la tesis egológica, la conducta es "libertad fenomenalizada" que adquiere su sentido de los valores jurídicos en cuanto es conducta jurídica. Las normas son instrumentos con los que pensamos o nos representamos intelectualmente esa conducta.

Las nuevas doctrinas en el Perú.

El eminente tratadista de Derecho Civil, Doctor José León Barandiarán, maestro preclaro de San Marcos, cuya rectoría prestigió con su alta jerarquía moral e intelectual, ha expresado en forma clara su pensamiento bajo las influencias de las nuevas corrientes jusfilosóficas.

Para el Dr. León Barandiarán, "el derecho como categoría gnoseológica y ontológicamente hablando, pertenece a la dimensión del existente humano" (3) corresponde al hombre que frente a él juega una doble función: por un lado es el agente causante de las reglas jurídicas y, por otro, es su destinatario.

El hombre, considerado desde el punto de vista

---

(3) José León Barandiarán. El Derecho como categoría dimensional humana. Revista del Foro. Año XL, Nº 2. Mayo-agosto de 1953. Lima, pág. 321.

jurídico, sabe que está sometido a dos círculos, dice el Dr. León Barandiarán: "un límite máximo a su libertad, pues siempre hay un mínimo de prohibido en lo que atañe a lo que no puede hacer (límite que esa libertad no puede superar), y un límite mínimo de libertad, pues siempre lo prohibido ha de encontrar un máximo (que por lo mismo no puede superar, en cuanto a lo que la persona puede hacer") (4).

Ya que el derecho se muestra como un conjunto de normas, expresa el maestro de San Marcos, al comentar el nuevo movimiento jurídico europeo, lo que importa es determinar la estructura formal de la norma (problema lógico) y su consistencia óntica-ontológica debiéndose encontrar aquí, por el propio carácter de lo normático, una estimación axiológica (5).

El problema cardinal sobre la estructura de lo jurídico está pues, en determinar el "vínculo de adecuación" entre esa forma lógica y esa consistencia ónticamente axiológica.

Las normas son estructuras generalizadoras de los datos de la conducta (acciones u omisiones) que encarnan valores, ya que "no dictan preceptos obligatorios para los hombres, para crear significaciones judicativas por un prurito intelectual frívolo o por arbitrariedad" (6).

No constituyen caminos adecuados para la captación de la esencia de lo jurídico ni la preferencia normativista que ha primado en los últimos tiempos, ni esa actitud reactiva que significa el realismo jurisprudencial, sino "una concepción integralista del derecho, dice León Barandiarán, a través de un método que

---

(4) Id.
(5) El movimiento jurídico europeo. Revista del Foro, Año XL. Nº 3. Setiembre-Diciembre de 1953, Lima, pág. 421.
(6) Id. pág. 429.

vincule la realidad y el valor, el hecho y la norma" (7).

El derecho apunta hacia valores y en forma preferente hacia el valor de la justicia. León Barandiarán ha dicho que la justicia es "el valor fundamental" y que el derecho viene a ser su precipitado histórico, de modo que la conformación jurídica está predibujada por la idea de la justicia, siendo el derecho para ella como el acto a la potencia (8).

La justicia puede entenderse en dos sentidos: como "administración dirimente" de situaciones concretas y, en tal caso, vale tanto como ejercicio o praxis, o como criterio ideal o paradigma del derecho, esto es, como realidad trascendente e hiperfenoménica inspiradora de lo jurídico.

En este último sentido, la justicia cuyas notas esenciales, dice León Barandiarán, siguiendo a Del Vecchio, son la igualdad y la alteridad, constituye un ideal y un dato constante de renovación y progreso para el derecho positivo.

Debe considerarse, sin embargo, que el derecho se refiere a otros valores como la seguridad, la cooperación y solidaridad, y, que, por otro lado, existen preceptos legales "auxiliares, técnicos o definitorios" que no tienen por objeto determinar la justicia.

El distinguido profesor de Derecho Civil de San Marcos, Carlos Fernández Sessarego, es autor de dos trabajos jusfilosóficos de evidente valor y mérito, inspirados por las nuevas ideas. "Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho" se denomina el primero; y "La Noción Jurídica de Persona", el segundo.

---

(7) Id. pág. 430.
(8) José León Barandiarán. La Justicia. Editorial "Relieves Americanos" Lima, 1944, pág. 5.

La inquietud de Fernández Sessarego se dirige a la búsqueda del "ser del derecho", no como mera conexión formal de conceptos sino como libertad metafísica en su dimensión de coexistencia pensada en conceptos adecuados a este objeto existencial" (9).

Inspirado en tal propósito de evidente radicalidad filosófica, "el tema primario de la filosofía del Derecho —escribe Fernández Sessarego—, que es el ontológico, la pregunta por su objeto". (10). "Hay que reivindicarle —agrega— a la Ontología Jurídica, esta primariedad —al par que la tiene la Ontología en la Filosofía—, frecuentemente olvidado".

Dentro de este sentido, la Ontología aborda el problema del derecho como objeto desde dos dimensiones: una específicamente jurídica y en tal carácter vale como una ontología regional; y la otra como sustento de aquélla, como ontología fundamental.

Dada la preeminencia reconocida a la Ontología, se desprende, que los demás temas de la Filosofía del Derecho, el de la lógica jurídica formal, el de la lógica jurídica trascendental y el de la axiología derivan de aquél. (11).

La conducta humana —dice Fernández Sessarego— es la Materia de la Ontología Fundamental, pero "la conducta humana que interesa a la Ontología Jurídica, es la conducta humana "jurídica" en relación (12) con otros elementos: la norma jurídica y el valor jurídico.

Fernández Sessarego, realiza un examen de las di-

---

(9) Bosquejo para una determinación Ontológica del Derecho. (Tesis) Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1950, pág. 4.
(10) Bosquejo, pág. 22.
(11) Pág. 25.
(12) Id., pág. 128.

versas categorías o grupos de objetos, para situar el derecho en el mundo de la cultura.

El objeto del derecho nos dice —con manifiesta inspiración en la Egología— es conducta humana —vida viviente— cuya esencia es la libertad que al extravertirse deja un rasgo, que proporciona al sustracto (la vida misma) su sentido, derivado de un valor.

Esta conducta, es conducta jurídica, cuando en su interferencia intersubjetiva, esto es, en cuanto vida viviente, realiza o deja de realizar valores éticos de comunidad.

La tesis que examinamos, se enfrenta no sólo al racionalismo, sino al normativismo y a aquella otra que sostiene que el derecho está constituído por "seres ideales objetivados" (13).

Es interesante precisar, como cuestión ontológica central, que la esencia de la conducta radica en la exteriorización de la libertad, afirma el autor comentado, al igual que Cossio, en la "libertad metafísicamente fenomenalizada. La libertad que aparece en el mundo fenoménico; hecha acción, entre las cosas". (14).

Pero el derecho —y éste es el mayor mérito de Fernández Sessarego que bosquejó desde su ángulo, en 1950, la teoría tridimensional—, no es sólo conducta, sino que está formado por tres elementos norma —pensamiento—; conducta humana —objeto—, y valor —finalidad—. Tres elementos que pertenecen al ámbito del derecho, que se exigen mutuamente, y que al aparecer vinculados esencialmente constituyen la ciencia jurídica. Ninguno de los tres está fuera del derecho, mas ninguno por sí, es derecho. Ni el pensamiento del

---

(13) Pág. 138, crítica a la posición de Recasens Siches.
(14) Pág. 132.

Derecho es Derecho: ni el objeto del Derecho es Derecho; ni el valor jurídico es Derecho. El Derecho como ciencia es la integración forzosa, ineludible, de aquellos tres elementos" (15).

Las normas constituyen el aparato lógico-gnoseológico del derecho y están constituídas por los pensamientos con los que nos representamos la conducta humana. Los valores jurídicos cuya objetividad es "una objetividad en la vida humana" (16) son realizados en la conducta puesto que las normas no tienden hacia los valores, son neutras frente a ellos, ya que se limitan a representar una conducta que puede ser o no valiosa.

De esta tridimensionalidad del derecho, concluye Fernández, con relación a la Ciencia Jurídica, que ésta, en cuanto estudia la conducta, la norma y el valor, se divide en tres disciplinas: Ontología, Lógica y Estimativa.

Esta tridimensionalidad imbuye también la concepción del autor sobre la persona. Persona es el hombre en relación con otros hombres "en la interferencia de sus conductas" (¿quién es persona?) aprehendido a través de una construcción lógico normativa (¿qué es persona?), que realiza valores (personalidad) (17).

Estudios de lógica jurídica

Las leyes del derecho —ha escrito el Dr. Mariano Iberico, uno de los más preclaros representantes de la filosofía peruana— en su obra "Principios de Lógica Jurídica" (18) "como las leyes de la moral y las leyes de la estética en general, como todas las leyes norma-

(15) Pág. 127.
(16) Pág. 199.
(17) La noción jurídica de Persona. Editorial San Marcos, Lima, 1962, págs. 178-179.
(18) Segunda Edición. Taller de Linotipia, Guadalupe 1032. Lima, pág. 4.

tivas del mundo espiritual, señalan exigencias ideales, colocándose por encima del ser, propiciando un debe ser".

Mientras la Filosofía del Derecho, según este maestro, estudia el derecho como pensamiento y como objetivación social, y explica su génesis y busca su fundamento metafísico, la Lógica se refiere al derecho como pensamiento, es una teoría del pensamiento jurídico que trata de "las normas categoriales del derecho, los conceptos inherentes a su esencia y constitutivos de su estructura íntima" (19).

Es preciso distinguir, según el doctor Iberico, en el derecho, dos elementos: materia y forma. Mientras la materia se halla constituída "por todos los modos de conducta social y de las relaciones inter-subjetivas de los hombres a los cuales se refiere o se dirige la norma jurídica" (20), la forma contiene a la materia "y es esta forma lo que constituye la esencia del derecho". (21).

La Lógica Jurídica, como teoría del pensamiento jurídico, no se ocupa de la materia de éste, sino de la forma, no del contenido de las normas —que es objeto de las diferentes ramas de la ciencia jurídica— sino de las referidas formas, de las relaciones que éstas guardan entre sí, dentro de un sistema; "es un estudio de la sistemática formal del derecho" (22).

El pensamiento jurídico, según Iberico "es un pensamiento exacto, tanto objetivo como el pensamiento matemático" (23), jerárquico, en cuyo rango más elevado se hallan los conceptos categoriales o fundamen-

---

(19) Pág. 5.
(20) Id.
(21) Pág. 6.
(22) Id.
(23) Id.

tales del derecho, derivados de la esencia de éste y que constituyen una condición a priori.

El derecho en sí mismo es un "sistema de instituciones y de normas, dirigidas a regular la conducta social de los hombres y cuya eficacia está garantizada por la autoridad" (24).

Pero hay que tener en cuenta que el derecho trasciende la simple legislación, y constituye un sistema con "autonomía trascendental, ontología y metafísica" (25), y a pesar de que no es ley natural, sino una ley "de normatividad espiritual" ejerce una "misteriosa causalidad" sobre el hombre y sobre la sociedad (26).

Debe tenerse en cuenta que la justicia es "una instancia superior al derecho mismo" y partiendo de tal presupuesto, en la deducción de los conceptos fundamentaels del derecho, se llega a cuatro grupos: conceptos relativos al debe ser jurídico (institución, norma, obligación) a la actividad jurídica (acto, relación, prestación), al ejercicio del derecho (persona, imputación, pretensión) y a la vigencia del derecho (cumplimiento, infracción, sanción).

En cuanto al desarrollo de la Lógica Jurídica como teoría: concepto, definición, clasificación, juicio, razonamiento; y en su aplicación: prueba, interpretación y técnica, rigen para el Dr. Iberico, los cánones de la lógica tradicional.

Francisco Miró Quesada, que ha tenido el mérito de introducir en el Perú las últimas corrientes filosóficas, en sus "Problemas Fundamentales de la Lógica Jurídica" (27) asume una posición en consonancia con aquéllas.

---

(24) Pág. 14.
(25) Pág. 10.
(26) Pág. 11.
(27) Biblioteca de la Sociedad Peruana de Filosofía. Tipografía Peruana, E. Rávago e Hijos S. A. Lima, 1956.

Advierte el Dr. Miró Quesada que su trabajo constituye elaboración similar a la de Klugg con interesante coincidencia en puntos de vista, aunque precisa las diferencias. (28).

Señala que "la lógica se ha revelado como una teoría de deducción" (29) y, agrega, que "su nobleza teórica, su utilidad y su poderosa eficiencia, su riqueza inagotable de contenido, se derivan de esta propiedad fundamental. Una lógica que no fuera teoría de la deducción sería totalmente inútil". (30).

Dentro de esta tendencia, la Lógica Jurídica, como lógica aplicada, debe determinar "cuáles son las estructuras jurídicas aplicables al campo de los conocimientos jurídicos". (31).

Ahora bien, el campo jurídico fundamental para la aplicación de la lógica "es el campo de las normas" (32) y para esto se debe "sistematizar las diversas especies proposicionales que determinan la estructura de las normas, y los diversos tipos de conexión deductiva que se pueden establecer entre ellas". (33).

Surge, empero, un grave problema, en el mismo punto de partida. La lógica se refiere a los "tipos de conexión deductiva que pueden aplicarse entre proposiciones" pero para aplicarse a las normas —objeto de la lógica jurídica— "deberían aplicarse a proposiciones". (34).

---

(28) Ob. cit., pág. 8. La obra "Lógica Jurdica" de Ulrich Klug, profesor de la Universidad de Heidelberg, ha sido traducida al castellano por el filósofo español Juan David García Baca, constituye el volumen XXV de las publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1961.
(29) Ob. cit. pág. 27.
(30) Id.
(31) Id.
(32) Pág. 30.
(33) Pág. 31.
(34) Pág. 34.

Esto significa que si una conexión deductiva es una conexión entre verdades, y si sólo las proposiciones son expresiones que pueden ser verdaderas o falsas, para derivar deductivamente una norma de otra "el proceso deductivo habrá de efectuarse por medio de un rodeo, de una correlación sui géneris entre normas y proposiciones que permita obviar la dificultad". (35).

Si las normas fueran proposiciones no habría problema, pero Miró Quesada demuestra que la posición de Kant y las teorías proposicionales de las normas de Petrascheck, Kaufmann y Cossio, son falsas. Entonces, ¿qué queda? Seguir un rodeo, debido a la naturaleza no proposicional de la norma (36) puesto que ella no es "expresión susceptible de verdad o falsedad" sino "disposición prescriptiva", que "determina una pauta de conducta, que es una disposición encauzatoria". (37). Pero la norma así concebida, es susceptible de deducciones, en forma indirecta, por un principio que podría llamarse "del paralelismo normativo proposicional" (38) que señala que "existe una correspondencia bi-unívoca entre las normas y las proposiciones jurídicas, de manera que todo proceso deductivo que derive unas proposiciones jurídicas de otras, equivale a una derivación deductiva de las normas correspondientes". (39).

Gracias a este procedimiento, "se parte de las normas, se determina las proposiciones jurídicas que les corresponden, se deriva deductivamente nuevas proposiciones jurídicas, y debido al principio del paralelismo, se llega a la validez de las normas correspondientes a las nuevas proposiciones". (40).

(35) Pág. 27.
(36) Pág. 79.
(37) Pág. 88.
(38) Pág. 90.
(39) Id.
(40) Pág. 107.

Tal es la síntesis de este meritorio trabajo de aplicación del rigor deductivo lógico al derecho.

El personalismo

El Derecho pertenece al mundo del hombre, en cuanto se realiza a través de un modo de ser espiritual, es decir en cuanto el hombre es persona.

La persona humana, es una unidad ontológica que tiene conciencia de sí misma, y que mediante ella se enfrenta a las cosas, para afirmar su existencia, su conocimiento y su libertad.

Cada persona que se interioriza en su soledad, está, sin embargo, consustancialmente proyectada, hacia las otras personas, es esencialmente dialógica, existe sólo en función de un tú, posee una radical vocación comunitaria (41).

La existencia de la persona, que es un un todo espiritual, no se realiza en el mundo del ser; sino que es constante proyección hacia la región del debe ser.

El debe ser, de acuerdo con Max Scheler, se funda en valores, aunque los valores no se fundan en modo alguno en el debe ser. Ahora bien, este debe ser que tiene su sustento en la región axiológica toma dos formas: el debe ser ideal y el debe ser normativo. (42).

El debe ser ideal, el debe ser de lo valioso, es un debe ser algo que consideramos como debido. La razón por la cual el "debe ser" debe ser, es porque no es y debe existir; y, por otro lado, es independiente del futuro, como el bien, que, según la hermosa frase de Kant, debe existir aunque no haya existido nunca ni en nin-

---

(41) Mario Alzamora Valdez, Introducción a la Ciencia del Derecho. Cuarta Edición. Lima, 1967. Primera Parte, Cap. II.
(42) Id. Cap. IV.

guna parte. (43). Los axiomas sechlerianos sobre el debe ser ideal dicen: todo lo que es positivamente valioso debe ser; lo negativamente valioso no debe ser. Así, la justicia, la lealtad, deben ser; la falsedad, el interés en las relaciones humanas, no deben ser.

El debe ser normativo, se relaciona con la conducta del hombre, expresa un "debe ser", como por ejemplo: sé honesto, sé veraz.

Este debe ser normativo —dentro del cual se enlaza el derecho— se dirige a la tendencia, al querer y, del mismo modo, que en el debe ser ideal se postula algo que se considera como inexistente, pero que debe ser, el fundamento del debe ser normativo es que aún no se ha logrado el debe ser de una tendencia pero que debe ser.

El debe ser normativo, por el hecho de ser postulado "debe ser", se traduce en "un acto ordenador", y a través de éste se inserta en la conducta.

De aquí que las normas, que constituyen expresiones del debe ser normativo, no sean imperativos, sino juicios de valor que, de acuerdo con Husserl, se refieren a una valoración general y básica y a la correspondiente pareja de predicados de valor determinados por tal valoración. (44).

Dentro de estos límites quedaríamos circunscritos a una representación teórica, pero debe tenerse en cuenta que las normas al predicar la validez de determinados valores, por ese mero hecho, se impone a la conducta puesto que los valores positivos deben ser. De otro lado, la vigencia del derecho es un hecho y, como tal, no constituye fundamento del debe ser jurídico. (45).

---

(43) Id.
(44) Cuarta parte, cap. I.
(45) Quinta Parte, Cap. II.

Los valores jurídicos son aquellos que especifican ese sector de la cultura que es el derecho.

Es necesario precisar la distinción entre los fines y los valores del derecho. Los primeros —como el bien común y la seguridad— adquieren vigencia dentro de las reglas y pertenecen al mundo de las realidades, mientras los valores significan puntos de dirección, elementos de cambio y de perpetua regeneración. (46).

La justicia es el valor principal que el derecho busca realizar a través de sus distintas expresiones.

La justicia ha sido concebida como virtud, como un concepto lógico y como ideal, esto es, como valor. En la primera acepción es la suprema virtud, la ordenadora de las otras, que lleva a reconocer a los demás su derecho, vale decir, en términos personalistas, a considerarlos en la plenitud de su dignidad en cuanto personas; como concepto lógico, pertenece a la clase de los conceptos relacionales, determinado por sus notas de alteridad, igualdad, reciprocidad, remuneración; y como ideal, es el principio supremo e inspirador del derecho.

Empero, la visión del ideal de justicia no es la misma en todas las épocas y en todos los pueblos. Sin admitir el relativismo de la primera etapa del pensamiento de Radbruch, debe reconocerse la exactitud de la posición scheleriana sobre las "variaciones del ethos", que determinan los cambios de inspiración jurídica. (47).

La justicia, que se "proyecta" hacia los demás valores del derecho, y se renueva sin cesar en sus realizaciones, ha asumido formas diversas, y entre ellas, se destaca en nuestro tiempo, con una calidad que ha ennoblecido su esencia, la justicia social (48).

(46) Octava Parte, Cap. I.
(47) Id.
(48) Id.

El derecho pertenece, pues, al mundo de la cultura constituído por las objetivaciones del espíritu humano que, a la vez que expresan valores, señalan un debe ser.

Las disciplinas jurídicas fundamentales corresponden, dentro del campo de la cultura, a tres grupos. Aquellas que tratan de la existencia interrelacional humana; las que se ocupan de los objetos jurídicos culturales; y las que miran hacia los valores del derecho. Al primer grupo pertenece la Sociología Jurídica; al segundo todas las ciencias que se integran dentro de la Dogmática Jurídica (todas las ramas del derecho público y privado) y al tercero, la Filosofía del Derecho, cuyo rango se desprende de la jerarquía de su objeto y de su propósito.

En cuanto trata de los valores objetivados en normas, como pensamientos pensados, y en sí mismos, la Filosofía es Ontología, Lógica y Axiología del Derecho.

En la evolución del pensamiento jurídico, el positivismo y el histocicismo se inclinaron hacia la investigación de la conducta humana intersubjetiva considerándola como exclusivo ámbito de lo jurídico; el racionalismo logicista miró hacia la norma; el jusnaturalismo —ontológico y axiológico— hacia los valores.

El personalismo proyecta la investigación hacia los dos fundamentos del derecho: la persona como ser espiritual, y los valores, a través de los objetos específicamente jurídicos: las normas.

La esencia misma del fenómeno jurídico, en cuanto arraiga en la conciencia del hombre y en actitud dialéctica se niega, para convertirse en alteridad, es materia de otro estudio.

Tal es la ruta de las ideas jusfilosóficas en el Perú. Cuatro siglos de pensamiento, que ha traducido en el lenguaje de la circunstancia histórica, el ansia permanente por inspirar el derecho en la justicia y en la libertad.

¿Podría esperarse una Filosofía del Derecho genuinamente nuestra? La Filosofía constituye una tarea universal que vincula, como todo afán de cultura, solidariamente a los hombres. Resulta ingenuo propiciar, con predominante propósito literario, formas particularistas, e innecesario reconocer innegables influencias del pensamiento universal en las que se ha cimentado el nuestro.

Sin embargo, se hace imperioso dirigir la investigación filosófica hacia temas propios. La vida social humana —las relaciones interindividuales, la existencia de grandes masas marginadas, los sistemas de gobierno y el modo de su ejercicio en la dación de la ley, en la administración pública, en la justicia— la invariable inclinación en favor del privilegio y la desigualdad, que atenta contra uno de los derechos fundamentales del hombre, constituyen otros tantos problemas que se ofrecen a la reflexión para cumplir con el imperioso deber de dar a nuestro derecho un sentido auténtico.

INDICE

INTRODUCCION 5

CAPITULO I. - **La controversia sobre los derechos del hombre americano.** - Defensa e impugnación de la servidumbre natural. La conversión de los infieles y la justificación de la guerra. 11

CAPITULO II. - **El jusnaturalismo escolástico.** - Ideas básicas. Los derechos fundamentales del hombre. La filosofía política. Interpretación de la conquista 29

CAPITULO III. - **El jusnaturalismo racionalista.** - Punto de Partida. Bajo el signo de Heinecio. La influencia de Rouseau 47

CAPITULO IV. - **Decadencia del jusnaturalismo.** La influencia del krausismo. La filosofía jurídica de Bartolomé Herrera. La escuela de Silva Santisteban. El magisterio de Villarán 65

CAPITULO V. - **El intento positivista.** - Sentido del positivismo jurídico. El positivismo jurídico en el Perú 95

CAPITULO VI. - **El pensamiento actual.** - El renacimiento de la Filosofía del Derecho. Las nuevas doctrinas en el Perú. Estudios de Lógica jurídica. El personalismo 115

LIBRERIA EDITORIAL
"MINERVA" - MIRAFLORES

Av. Larco 291 - 299 - Telf. 57804
Sucursal: Talleres y Depósitos
Gonzáles Prada 536 - Telf. 56274